

II CONGRESO ESTATAL DE CENTROS UNIVERSITARIOS DE RELACIONES LABORALES Y CIENCIAS DEL TRABAJO

“LAS RELACIONES LABORALES ANTE EL RETO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL Y
SOLIDARIA”

**“Tránsitos y conexiones entre el empleo y la Seguridad Social: especial
referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años”¹**

Arántzazu Vicente Palacio
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Jaume I- Castellón
Arantzazu.Vicente@uji.es

1. INTRODUCCIÓN

No se descubre nada nuevo cuando se señala que la pertenencia al sistema español de Seguridad Social, como todo sistema contributivo-profesional, depende en todas sus fases de la realización de una actividad profesional. Ya no es sólo que sea requisito imprescindible para quedar comprendido en su campo de aplicación, sino que dicha relación profesional debe estar, con carácter general, viva o activa para tener derecho a las prestaciones, como bien recuerda el art. 124 LGSS cuando exige como requisito general de acceso a las prestaciones “estar en alta o situación asimilada”. El propio concepto de “asimilación al alta” aparece como imprescindible en un sistema que exige como condición de acceso a sus prestaciones la vinculación del trabajador con la actividad profesional en el momento del hecho causante. La exención de este requisito, tardía (1985 y 1998) y limitadamente (jubilación e incapacidad permanente; supervivencia, respectivamente), no contradice la afirmación anterior, fundamentalmente porque ello se hizo a costa de incrementar el peso de la carrera de cotización del trabajador, restableciendo así el equilibrio entre los dos elementos definitorios de los sistemas contributivo-profesionales y, como es sabido, como reacción restrictiva del legislador a la jurisprudencia humanizadora que venía reconociendo el derecho a las prestaciones aunque el trabajador no se encontrara en alta o situación asimilada al alta en supuestos de largas carreras de seguro.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Repensar la Seguridad Social ante la crisis del empleo” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Convocatoria Proyectos de I+D, del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento (2013-16) [IPs: Ballester Pastor/Vicente Palacio].

Este sistema de seguridad social, articulado sobre la técnica jurídica del seguro, ha demostrado sobradamente su utilidad en el marco de una sociedad industrial de base fordista caracterizada, en lo que al trabajo por cuenta ajena se refiere, por relaciones laborales duraderas y a tiempo completo habiendo contribuido enormemente en la vertebración del Estado Social, que ha alcanzado cotas de bienestar impensables a mediados del siglo XX hasta el punto de que los sistemas de Seguridad Social constituyen seña de identidad del modelo social europeo. Sin embargo, las graves crisis de empleo propias de la nueva sociedad postindustrial han puesto de manifiesto su insuficiencia: el retraso en la obtención de empleo de los jóvenes y su acceso al mismo a través de formas cada vez más precarias (contratos formativos; contratos temporales de corta duración; o contratos a tiempo parcial) y la cada vez mayor discontinuidad en la prestación de servicios provocada por contratos temporales o por extinciones de los contratos indefinidos, especialmente cuando afecta a los colectivos de mayor edad, está revelando sus graves consecuencias en materia de seguridad social: suspensiones de contratos de trabajo, las reducciones de jornada, el incremento del trabajo a tiempo parcial y temporal, los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o en general, cualquier extinción contractual, incluyendo los despidos improcedentes, en definitiva, la dificultad de acceso al empleo, su pérdida o la disminución de su calidad o cantidad son todas circunstancias que afectan a los derechos actuales en materia de Seguridad social pero también, y lo que sin duda es más grave, a las pensiones previstas para afrontar con dignidad las últimas etapas de la vida.

La gravedad de esta situación se ve, además, incrementada por las últimas reformas operadas sobre el sistema de Seguridad Social: la elevación de la edad mínima de acceso a la jubilación, el incremento del período computable para el cálculo de las bases reguladoras, la minoración de los porcentajes aplicables para la determinación de la cuantía de la prestación económica, los cambios operados en el sistema de integración de lagunas, las reformas en el sistema de revalorización de las pensiones o la creación del llamado factor de sostenibilidad, las modificaciones operadas sobre la cuantía máxima de los complementos por mínimos, son todas ellas circunstancias que van a determinar por sí mismas una reducción de la cuantía de la pensión de jubilación, generando un empobrecimiento de los futuros pensionistas. En definitiva, las diferentes reformas emprendidas hasta ahora han ido dirigidas a asegurar la viabilidad financiera del sistema de Seguridad ajustando las bases reguladoras a las cotizaciones o incrementando los períodos de tiempo que son exigibles para acceder a las pensiones, en definitiva, reforzando la contributividad y la proporcionalidad. Tales alteraciones sobre la forma y cálculo de la cuantía de las diferentes pensiones significa, en definitiva, que se seguirán necesitando largas carreras de cotización de quienes vayan a ser posteriormente futuros beneficiarios pero son escasas las medidas previstas para atenuar las consecuencias que la crisis del empleo (la

precariedad laboral y la reducción del tiempo de trabajo en general) conlleva sobre los derechos de seguridad social.

Efectivamente, los sistemas de seguridad social han articulado tradicionalmente algunas soluciones en las distintas fases en las que la realización de actividad profesional adquiere relevancia en el ámbito prestacional. A la articulación de situaciones asimiladas al alta, y entre ellas, la suscripción voluntaria de convenio especial para la conservación de derechos en curso de adquisición y la ya señalada exención de este requisito para acceder a algunas prestaciones, se añade la propia protección por desempleo articulada a través de prestaciones económicas, pero se trata de soluciones que tratan estas situaciones como patológicas o anómalas en línea con una realidad productiva en la que el empleo reunía unas características de permanencia inexistentes en la actualidad. El alto coste económico del convenio especial, inasumible para quien se encuentra privado de rentas durante un largo periodo de tiempo, así como la temporalidad de la propia prestación económica por desempleo, vinculada inicialmente a la carrera de cotización del trabajador que pierde su empleo, pero acotado en una temporalidad máxima que actualmente dista mucho de reflejar la realidad del desempleo, especialmente de los trabajadores de mas edad, pone de manifiesto la necesidad de articular nuevas vías que permitan suavizar las consecuencias negativas derivadas de esa conexión empleo-alta y cotización-prestación dentro del propio modelo contributivo profesional.

Esta necesidad no se le ha escapado al legislador quien ha previsto algunas medidas que atienden a esta realidad en el marco del binomio empleo-seguridad social. Aunque como pusiera de manifiesto hace ya mucho tiempo la doctrina² nuestro ordenamiento no ha articulado nunca una protección específica de la “prejubilación” como situación protegible y diferenciable del desempleo de mayores de una determinada edad, el subsidio especial de desempleo para mayores de 52 años (en la actualidad, 55 años) constituyó una de las primeras manifestaciones de este propósito, al permitir al trabajador mantenerse en la percepción del subsidio por desempleo hasta que pudiera acceder a la prestación contributiva de jubilación garantizándole así el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición con mantenimiento de la cotización por jubilación por parte del SPEE y del propio trabajador quien, además podía conjurar el peligro de una reducción de sus bases de cotización – y consiguientemente de su futura base reguladora- con la suscripción de un convenio especial, si bien a su exclusivo cargo³. Con todo, el subsidio de prejubilación no ha sido ajeno a las regresivas reformas legales en materia de protección social y el endurecimiento de los requisitos de acceso a este subsidio no dejan de ser preocupantes desde la

² LOPEZ CUMBRE, L., “La prejubilación”, Madrid (Civitas), 1998.

³ El art. 24 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social regula el convenio especial de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, con derecho a cotización por la contingencia de jubilación.

perspectiva del sistema de seguridad social pero también desde la propia filosofía de la doctrina de la flexiseguridad. No hay que olvidar que en nuestro sistema de seguridad social el subsidio de prejubilación ha sido prácticamente la única vía de protección para quienes perdían su empleo a una edad en la que es ilusorio pensar que existe posibilidad real de reincorporarse al mercado de trabajo por lo que el endurecimiento de su régimen jurídico casa mal con la ideología que propugna una mayor flexibilidad en la gestión empresarial de la mano de obra que debe ser compensada con una mayor seguridad en las transiciones laborales a cargo de los sistemas de protección social.

En fechas más recientes, el legislador ha previsto otros mecanismos que quizá pudieran ser reconducidos o catalogados como instrumentos dirigidos a articular o mejorar la protección de los trabajadores en ese contexto de incremento de la flexibilidad. Ambos presentan la característica común de estar restringidos al ámbito de los despidos colectivos pero mas allá de esta circunstancia –que no es baladí- son muy diferentes en muchos aspectos y sobre todo, en lo que ahora resulta relevante, su funcionalidad.

Efectivamente, y dentro del marco de lo que podríamos denominar el instrumento clásico para asegurar el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición, el convenio especial con la Seguridad Social, el art. 51.9 ET –limitado, por tanto a los despidos colectivos- el legislador ha previsto una nueva modalidad, imponiendo su suscripción obligatoria –cuya financiación corre de manera sucesiva a cargo del empresario y del trabajador- en aquellos expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores de 55 o mas años que no tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967 (art. 51.9 ET en relación con la DA 31ª LGSS). Se generaliza así y en el marco de la protección dispensada por el sistema de seguridad social la imputación del coste del convenio especial al empresario que venía regulada en el marco de las ayudas extraordinarias dirigidas a la protección de los trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, medidas que se mantienen en la actualidad⁴ si bien con diferencias importantes respecto de sus antecesoras.

De muy diferente naturaleza es la obligación prevista en el art. 51.11 ET para las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años de realizar una aportación al Tesoro Público en los términos de la D.A.16ª Ley 27/2011, de 1 de agosto. Prevista con la finalidad de compensar el impacto económico que los despidos tienen sobre el sistema de Seguridad social –especialmente la protección por desempleo-, tiene, no obstante, un campo de aplicación muy limitado, tanto en su configuración legal –como

⁴⁴ En la actualidad, el RD 908/2013, de 22 de noviembre, establece las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas y el RD 3/2014, de 10 de enero establece las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

veremos con posterioridad- como en su aplicación práctica, pues exige, amén de beneficios de la empresa, la tramitación de los despidos por la vía del art. 51 ET y como es sabido, son numerosas las empresas que han reducido plantillas fuera de esta vía, acudiendo incluso a despidos improcedentes pactados para eludir la aplicación del art. 41 ET, situándose así fuera del supuesto aplicativo. No existen publicados datos oficiales (s.e.u.o) que permitan conocer el importe real de lo recaudado pero, en todo caso, pone de manifiesto que el legislador es consciente del impacto social que estos despidos tienen sobre el conjunto de la sociedad y está intentando establecer mecanismos que permitan compensar su impacto en el aspecto económico. Con todo, es una previsión muy limitada y que debe situarse como correctiva del elevado coste público de las doctrinas de la flexiseguridad que, como ya señalé en el pasado⁵, propugnan la socialización del coste de la seguridad que se impone a los poderes públicos como contrapartida a la flexibilidad conferida a las empresas en la gestión de los trabajadores, en el contexto de la doctrina de la flexiseguridad. El destino de estos fondos económicos –que no repercuten directamente en los trabajadores afectados por los despidos- permite singularizar este mecanismo de las medidas anteriores.

Lógicamente, no puede dejar de mencionarse en este contexto la propia regulación del acceso a la jubilación – concretamente, a la jubilación anticipada [art. 161 bis.2) LGSS]- no tanto o exclusivamente como salida definitiva del trabajador del mercado de trabajo –no obstante la posibilidad de compatibilizar trabajo y pensión y las otras vías de jubilación flexible- sino como vía de solución a la falta de empleo. En este sentido, la jubilación anticipada puede perfectamente calificarse como el fracaso de las medidas que deben operar para asegurar el tránsito entre el empleo y la seguridad social.

Las líneas que siguen van a dedicarse a analizar estos mecanismos desde una perspectiva valorativa.

2. LA INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO COMO MECANISMO PARA ASEGURAR LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR QUE PIERDE SU EMPLEO, ESPECIALMENTE DEL TRABAJADOR “MAYOR”: ALGUNAS REFLEXIONES, SINGULARMENTE SOBRE EL SUBSIDIO PARA MAYORES DE 55 AÑOS.

El origen del conocido como subsidio para trabajadores mayores de 55 años se sitúa en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo. Dicha norma reconocía la condición de beneficiario del mismo a los mayores de 55 años que, aún no teniendo responsabilidades familiares, se encontraran en alguno de los supuestos contemplados en el número anterior siempre que acreditaran que, en el momento de la solicitud reunían todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a

⁵ VICENTE PALACIO, A., “El sistema de Seguridad Social en el contexto de la nueva sociedad del riesgo”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 363, 2013.

cualquier tipo de jubilación. Al Real Decreto-Ley 3/1989, de medidas de carácter social se le debe la reducción de la edad exigible desde los 55 a los 52 años, y la introducción del requisito adicional de acreditación de un periodo mínimo de cotización por desempleo de 6 años, redacción con la que pasó al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó la Ley General de Seguridad Social que únicamente se limitó a precisar “cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de Seguridad Social”. Esta forma de definir a los beneficiarios del subsidio se mantiene hasta la promulgación del RDL 20/2013, de 20 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad si bien en este largo proceso normativo el cierre de las controversias o debates jurídicos en sentido regresivo ha sido lo habitual, atajando así la tendencia jurisprudencial de aplicación del principio *pro operario* que se materializó en la flexibilización de los requisitos exigidos en la búsqueda de una mayor aplicabilidad del subsidio, cambio doctrina que los autores⁶ sitúan en la ya antigua STCT de 16-12-1986 (Ar./13889).

En todo caso, mucho ha cambiado el sistema de protección por desempleo en general desde entonces a través de múltiples y sucesivas reformas (especialmente, por señalar las más relevantes, RDL 3/1989; Ley 22/1992; Ley 66/1997; Ley 22/1998; RDL 16/2001; Ley 45/2002; Ley 22/2003; RDL 3/2004; RDL 5/2006; Ley 42/2006; Ley 43/2006; Ley Orgánica 3/2007; Ley 35/2010; Ley 28/2011; RDL 3/2012; Ley 3/2012; RDL 20/2012; Ley 11/2013; RDL 5/2013; RDL 11/2013; Ley 1/2014), tanto en el nivel contributivo como en el nivel asistencial e incluso en la conformación de mecanismos exteriores al sistema bien de forma más permanente (Renta Activa de Inserción), pero con un alcance subjetivo muy limitado, o bien de carácter claramente coyuntural, vinculado a la crisis económica actual ante las insostenibles cifras de desempleo.

Olvidando ahora por su propia temporalidad los “programas extraordinarios” e incluso el denominado tercer nivel –la Renta Activa de Inserción–, lo cierto es que todas las reformas llevadas a cabo en materia de protección por desempleo se pueden caracterizar por no haber afrontado una reforma en profundidad del sistema, en su propia configuración, en la identificación de la funcionalidad que esta protección debe cumplir en el marco de las nuevas formas de empleo. El progresivo endurecimiento de los requisitos de acceso al nivel contributivo así como al nivel asistencial juntamente a la minoración de la intensidad protectora, su asistencialización, el incremento de la vinculación entre las prestaciones y la disponibilidad para la búsqueda de empleo, son todas cuestiones sobre las que la doctrina ha escrito extensamente. Pero ninguna de esas reformas se ha planteado lo que, sin duda, a mi parecer es la cuestión fundamental, que no es otra que la absoluta incapacidad del actual sistema de protección por desempleo para hacer frente a la situación de quien carece de empleo (incluso siendo más restrictivo,

⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., “La prejubilación”, Madrid (Civitas), 1998, pág. 271.

quien pierde su empleo) en el contexto de un nuevo mercado de trabajo en el que parece ya incontestable que es preciso un amplio margen de flexibilidad en la gestión de la mano de obra, margen de flexibilidad que sí existe en la actualidad, bien porque el legislador ha flexibilizado los distintos mecanismos de los que esta se deriva –tanto de entrada al mercado de trabajo como de salida- bien porque el propio mercado de trabajo ha encontrado sus propios cauces por la vía fáctica. La regulación clásica, articulada sobre la técnica del seguro, aunque complementada por la protección asistencial configurada fuera de la misma pero claramente limitada subjetivamente a quienes proceden de ese primer nivel, se ha revelado como insuficiente para hacer frente a las nuevas formas de organización del trabajo. Porque ya no es que sea inoperante para hacer frente a nuevas formas de prestación de servicios o trabajo sino que todo el sistema productivo se está organizando de tal manera que ya cabe hablar de nuevas formas de organización del trabajo, dejando a las técnicas tradicionales en insuficientes. Es cierto que es esta una afirmación que no se limita exclusivamente a la protección por desempleo pero posiblemente sea en esta prestación en donde se aprecia con mayor urgencia la necesidad de arbitrar soluciones en tanto la pérdida de ese empleo condiciona, además, la propia obtención de protección frente al resto de riesgos sociales y singularmente, frente a la jubilación.

Podría pensarse que precisamente la conexión entre protección por desempleo y políticas activas de empleo iniciada en las reformas del principio de este siglo y profundizadas en las que todavía nos acompañan abunda en esta idea de cambio de paradigma. Sin embargo, nada más erróneo: las diferentes medidas que han conectado –para condicionarla- la protección por desempleo con las políticas de empleo y, concretamente, con la disponibilidad del desempleado para, a través de su formación, lograr una mejora de su empleabilidad y el reforzamiento del compromiso de actividad, se han llevado a cabo desde una utilización cicatera de esa vinculación, como mecanismos de control y/o, en su caso, sanción. No se han modificado aquellos aspectos de la protección por desempleo más claramente “asegurativos” basados en los principios de contributividad y proporcionalidad e incluso cabría señalar que el abandono de estos principios se ha hecho en sentido regresivo, en tanto se han introducido límites asistencializadores pero sin que ello haya ido acompañado ni de una ampliación de las situaciones protegidas, ni del ámbito subjetivo de protección, ni en definitiva, de una mejora de la protección frente a la situación de necesidad del desempleo, ni, en lo que ahora interesa, la articulación de mecanismos eficaces que permitan que las situaciones de desempleo no repercutan negativamente en los futuros derechos de seguridad social de quienes están soportando esta flexibilidad requerida por las nuevas formas de organización del trabajo. En definitiva, ni ha habido un planteamiento de reforma sistémica de la protección por desempleo –que a mi parecer debería orientarse hacia el abandono total de la técnica del seguro (complementando por las prestaciones asistenciales) en favor de la articulación de un sistema único,

financiado también con cotizaciones sobre la base de la solidaridad profesional pero fuera del esquema del seguro como atributivo de derechos- ni tampoco, en el marco de una mas sencilla reforma paramétrica, se han reformado aquellos requisitos que en el sistema actual –nivel contributivo y asistencial- constituyen un freno para que pueda operar como mecanismo “de seguridad” como contrapartida de la flexibilidad.

Efectivamente, y por lo que se refiere al **nivel contributivo**, el primer obstáculo a esta operatividad deriva de su propia limitación temporal. Indudablemente, resulta ilusorio pretender articular un sistema de protección ante la pérdida de empleo de duración indefinida pues sería económicamente inviable, pero dentro de la propia lógica contributiva (y consiguiente duración temporal) dos cuestiones merecen destacarse como materia para la reflexión:

a) En primer lugar, la limitación del periodo computable a efectos de determinar el periodo de carencia exigible para acceder a la prestación contributiva. En un momento en el que la carrera de seguro del trabajador se puede caracterizar por un alto nivel de intermitencia o fragmentación, no resulta razonable limitar a un periodo tan breve (6 años) el periodo computable. Las alternativas son muchas pero la opción por una u otra debe realizarse en el contexto de la configuración que se realice de la protección de esta pérdida de empleo pues las consecuencias son de amplio alcance.

b) En segundo lugar, el tratamiento que se otorga a las nuevas cotizaciones cuando, abierto el derecho a una prestación contributiva, el trabajador realiza nuevas cotizaciones por un nuevo trabajo por cuenta ajena de duración superior a 12 meses, al reconocérsele exclusivamente un derecho de opción entre reabrir el periodo reconocido de prestación no disfrutado perdiendo las nuevas cotizaciones de cara a la generación de un nuevo derecho o abrir un nuevo derecho, con pérdida del periodo no consumido.

Indudablemente, otros muchos requisitos de acceso del régimen jurídico de la prestación por desempleo resultan cuestionables y, en este sentido, el propio periodo mínimo de carencia exigido desde 1992 –fecha en la que se elevó a los actuales 360 días- casa mal con la seguridad de la que se supone debe gozar el trabajador como compensación a la flexibilidad sin que la posibilidad de que el trabajador pueda acceder al subsidio cuasi-contributivo con periodos de cotización inferiores (diferentes según tenga o no responsabilidades familiares) atenúe esta situación pues, además de quedar sujeto a las requisitos de los subsidios asistenciales y singularmente, la carencia de rentas en una definición claramente restrictiva, excluye la cotización para generar derechos futuros.

También los **subsidios por desempleo** son claramente insuficientes como mecanismo de protección. Con independencia de los colectivos específicos (inválidos, liberados de prisión, emigrantes), y antes de abordar brevemente la

figura estrella –el subsidio para mayores de 55 años- la principal crítica que cabe realizar a los subsidios -que no son mas que la articulación de medidas permanentes ante el fracaso de la protección por desempleo- es, a mi parecer, amen de su limitado ámbito subjetivo, la falta de articulación de mecanismos que permitan suplir la pérdida de cotización para los sujetos –muy limitados- comprendidos. Indudablemente una definición menos cicatera de los requisitos de acceso, especialmente del nivel de rentas que opera como límite para quedar comprendido en su ámbito de aplicación, y la ampliación de su ámbito subjetivo de protección sería interesante, pero lo que quiero señalar ahora es su ineficacia para conferir “seguridad” en las transiciones laborales que podría mejorar notablemente si se mantuviera la cotización por jubilación permanente en todos los supuestos, generalizando el tratamiento previsto para el subsidio para los mayores de 55 años en este aspecto puntual. El problema, desde luego, es la financiación, que habría que imputar al SPEE y al trabajador, en los mismos términos que en el subsidio de prejubilación. Otra vía intermedia si los problemas financieros fueran insuperables sería mantener la cotización por lo menos mientras el trabajador realiza acciones de formación.

También el **régimen jurídico del subsidio para mayores de 55 años** presenta aspectos que lastran o perjudican al trabajador. Indudablemente, como puso de manifiesto la doctrina⁷, la doble conexión de este subsidio con el desempleo y con la jubilación, le dotan de una singularidad propia pero en lo que aquí interesa quiero poner de manifiesto aquellas previsiones de su régimen jurídico que dificultan la virtualidad de este subsidio para hacer frente a las transiciones laborales de un colectivo que, una vez desempleado, resulta difícilmente “empleable”.

Sin duda, la primera limitación deriva de lo restringido del colectivo protegido. Ya no es sólo que la edad se haya elevado hasta los 55 años, retornando así a los orígenes de la figura⁸ sino que, además, el trabajador debe acreditar dicha edad – ambas modificaciones operadas por el RDL 20/2012- en la fecha de agotamiento de la prestación o subsidio, o tenerla cumplida en el momento de reunir los requisitos para acceder a alguno de los subsidios contemplados o cumplirla durante su percepción. Queda claro así que el cumplimiento de esa edad en momento posterior a los señalados no permite el acceso al subsidio para mayores de 55 años, reforzando la conexión de este subsidio con los supuestos anteriores de los que necesariamente debe derivarse pero exigiendo una coincidencia temporal entre la prestación o el subsidio que da acceso al subsidio para mayores de 55 años y el cumplimiento de esta edad.

⁷ LÓPEZ CUMBRE, L., “La prejubilación”, Madrid (Civitas), 1998.

⁸ Este subsidio tiene su origen en la Ley 32/1984, de 2 de agosto y fue el RDL 3/1989, de 31 de marzo quien redujo la edad hasta los 52 si bien introdujo también como requisito antes no presente la necesidad de que el trabajador acreditara 6 años de cotización al desempleo a lo largo de toda su vida laboral.

Por si esto fuera poco, el RDL 5/2013 ha modificado el concepto de rentas computables como requisito de acceso al subsidio. Tras la citada reforma, se computan, además de las rentas del desempleado, las de la unidad familiar (cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos) de tal forma que la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no pueden superar el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Hay que recordar que el límite de rentas de los subsidios de desempleo está establecido con carácter general en ese 75% del SMI, con exclusión de las pagas extraordinarias, pero es un límite que se predicaba y predica del solicitante, no de la unidad familiar, pues el subsidio para mayores de 55 años no exige como requisito la existencia de cargas familiares, como si ocurre en otros subsidios.

Este requisito, además, debe acreditarse tanto en el momento del hecho causante y en el de la solicitud del subsidio, como durante la percepción de todas las modalidades del subsidio establecidas. No obstante, la dureza de este requisito se ve parcialmente atenuada por el establecimiento de un plazo de vacatio de un año, a contar desde la fecha del hecho causante⁹ de forma que si en dicho plazo el trabajador cumple con el requisito de la carencia de rentas, puede obtener el subsidio que corresponda a partir del día siguiente al de su solicitud sin reducción de su duración.

El endurecimiento del régimen jurídico del subsidio en lo relativo al cómputo de las rentas familiares se une a la que ya realizara el RDL 20/2012 en relación a la definición de las rentas computables en aras a incluir las ganancias o plusvalías derivadas del patrimonio aplicando a su valor el 100% del tipo de interés legal del dinero –frente a la regulación anterior, que únicamente tomaba en cuenta el 50% de ese tipo de interés legal-, sin olvidar, además, que se toma en cuenta en su cómputo bruto y no íntegro.

También al RDL 20/2012 se le debe la reforma operada en la duración máxima del subsidio. Con anterioridad a dicha norma, el subsidio podía prolongarse hasta la edad ordinaria para acceder a la pensión contributiva de jubilación; tras dicha reforma queda claro que el subsidio llega hasta que el trabajador *“alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades”*, remisión obligada, por tanto, a las posibilidades de jubilación anticipada previstas legalmente que han sido, además, reconfiguradas para su generalización fuera del marco de la tradicional regulación transitoria de mantenimiento de este derecho a los mutualistas (D.T.3^a LGSS). Se dispone así lo que aparecen como jubilaciones, si no forzosas, sí forzadas, pues el trabajador debe

⁹ Art. 215.3 LGSS: “A estos efectos se considerará como fecha del hecho causante aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes, o se produzca la situación legal de desempleo; o la de agotamiento del derecho semestral ; o la de finalización de la causa de suspensión”.

elegir entre pasar a cobrar la pensión de jubilación, con aplicación de los coeficientes reductores de la cuantía que correspondan, o quedarse sin el subsidio (y consiguiente cotización por jubilación), a la espera del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, con la incidencia que esta eventual pérdida de cotización – salvo suscripción de convenio especial a cargo del trabajador- implica en el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación.

Se da así la paradoja de que el trabajador que acredita mayores cotizaciones a la seguridad social [33 años ex art. 161 bis A) LGSS, jubilación por causa no imputable] –de las que deriva el reconocimiento del derecho a jubilarse anticipadamente- puede verse compelido a jubilarse con una anticipación de hasta 4 años respecto de la edad ordinaria prevista, lo que en términos económicos puede suponer una reducción de la cuantía de su pensión de jubilación de, por lo menos, en el mejor de los casos, de un 6% anual (1,5 % por trimestre) y en el peor, un 7,5% (1,975 % por trimestre), lo que implica, respectivamente, un 24% y un 30% en total. Sin embargo, aquel trabajador que no reúna los requisitos para acceder a la jubilación anticipada podrá mantener la percepción del subsidio (y consiguiente cotización) hasta que alcance la edad ordinaria de jubilación, sin que su pensión sufra la disminución derivada de la aplicación del citado coeficiente reductor por anticipación de la jubilación, aunque sí sufrirá la derivada del cómputo en el periodo de carencia de un mayor periodo de cotización por la exigua base de cotización prevista durante la percepción del subsidio de prejubilación (tope mínimo de cotización para mayores de 18 años).¹⁰

Precisamente en relación al cómputo de la base reguladora de la pensión de jubilación, resulta también cuestionable -incluso desde la perspectiva del reforzamiento del principio de proporcionalidad en el que vienen insistiendo las últimas reformas-, el hecho de que el periodo computable se refiera al inmediatamente anterior al hecho causante que es el cumplimiento de la edad de acceso a la jubilación y su correspondiente solicitud, situación que claramente perjudica a quien pierde su empleo al final de su vida laboral. Dejando ahora de lado el mecanismo de integración de lagunas cuya efectividad protectora ha quedado claramente menguada con la modificación de su régimen jurídico operada por la Ley 3/2012¹¹ e incluso el hecho de que la ampliación del periodo computable a los últimos 25 años operada por la Ley 27/2011 tiene un efecto positivo sobre los trabajadores que se mantienen inactivos en los últimos años de su vida laboral, podría valorarse la conveniencia de tomar en consideración cotizaciones realizadas por el trabajador correspondientes a periodos anteriores al computable efectivamente. Las posibilidades nuevamente son variadas y entre

¹⁰ La base de cotización fue objeto de reducción hasta esta cuantía por el RDL 20/2012, de 13 de junio. Con anterioridad estaba establecido en el 125% del citado tope.

¹¹ Hay que recordar que la D.F.20ª de esta Ley 3/2012, de 6 de julio, modificó la Ley 27/2011, de 1 de agosto, responsable de la modificación operada sobre el régimen de integración de lagunas recogido en los arts. 140 y 163 LGSS.

ellas podría resultar especialmente interesante la eventual aplicación de la teoría del paréntesis, es decir, no computar los periodos en los que no existe obligación de cotizar, retrotrayendo el cómputo de dicho periodo en tantos meses como fuera necesario y siempre que el trabajador acredite cotizaciones fuera de ese periodo computable. Esta posibilidad podría aplicarse bien sin límite temporal, o bien limitándolo a un determinado periodo de tiempo.

A todo lo anterior cabe añadir la reforma operada sobre la base de cotización durante la percepción del subsidio de prejubilación, que ha quedado reducida también a resultados del RDL 20/2012, de 13 de julio, al tope mínimo de cotización vigente en cada momento frente a la regulación precedente que lo establecía en el 125% de dicho tope.

Aunque resulta difícil valorar a corto plazo el resultado de dichas reformas pues los datos estadísticos disponibles tienen un alcance muy limitado, el resultado de estas reformas es claro a la luz de los escasos datos disponibles. Si atendemos a las altas iniciales, el año 2013 ya muestra un descenso muy significativo respecto del año 2012 (52,86%), descenso que continúa el año 2014.

Altas iniciales de beneficiarios subsidio mayores 55 años									
Año	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015 (enero)
Número	53.168	64.687	98.190	116.454	124.230	119.538	63.233	61.052	5.152

Con todo, el legislador no es ajeno a las graves consecuencias que se derivan para el trabajador que pierde su empleo a edad avanzada y ha articulado alguna medida específica dirigida a atenuarlas entre las que destaca la prevista en el ámbito de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, la prevista en el art. 51.9 ET y la D.A.31^a LGSS como se expone a continuación. Con todo, se trata de medidas que tienen un alcance muy limitado y en algún caso, conllevan obligaciones económicas obligatorias para el trabajador.

3. LA OBLIGATORIEDAD DE FINANCIAR EL CONVENIO ESPECIAL EN EL MARCO DE LOS DESPIDOS POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN. EVENTUAL COINCIDENCIA CON EL SUBSIDIO DE PREJUBILACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS.

Efectivamente, el art. 51.9 ET impone a las empresas no incursas en procedimientos concursales que acudan a la vía de los despidos colectivos que incluyan a trabajadores de más de 55 años que no tuvieran la condición de mutualistas a 1-1-1967, la obligación de financiar el convenio especial en los términos fijados en la D.A.31^a LGSS. Ambas disposiciones tienen su origen en el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, cuyo origen se sitúa en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de

abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa. Desde entonces ambos han sido objeto de varias modificaciones.

Varias notas definen el régimen jurídico vigente (la redacción actual procede de la Ley 13/2012) de este convenio especial y ponen de manifiesto sus limitaciones.

En primer lugar, su limitado ámbito aplicativo: empresas no incursas en procedimientos concursales que acudan a la vía de despidos colectivos que incluyan trabajadores de más de 55 años. Fuera del ámbito del despido colectivo no existe obligación de financiar dicho convenio especial. Nos hallamos, pues, ante una protección de un colectivo muy limitado que no comprende a los trabajadores que pierdan su empleo por causas distintas de las económicas, técnicas, organizativas o de producción o, incluso concurriendo estas, si no alcanzan los umbrales exigidos para tratarse de despidos colectivos, es decir, si se trata de despidos por la vía del art. 52.c) ET.

Además, dichos expedientes deben comprender a trabajadores mayores de 55 años que no fueran mutualistas a 1-1-1967: o lo que es lo mismo: excluye de este mecanismo a quienes fueran mutualistas con anterioridad a dicha fecha. El diferente régimen de acceso a la jubilación anticipada de estos (D.T.3ª LGSS) respecto de quienes no eran mutualistas a dicha fecha (art. 161 bis LGSS) pudiera ser la razón de ser de esta limitación subjetiva, que no deja de ser cuestionable desde el punto de vista del principio de igualdad de trato pues no parece una razón suficiente en relación a la finalidad de la previsión legal incumpliendo así a mi parecer el canon de razonabilidad y proporcionalidad que exige el Tribunal Constitucional.

Pero sin duda, lo mas criticable de este régimen jurídico es el sujeto a quien se impone dicha obligación financiera pues la empresarial sólo alcanza desde el periodo de nacimiento de la obligación (la fecha de cese en el trabajo o, lo que es mas habitual, la fecha en la que cesa la obligación de cotizar por extinción de la prestación contributiva de desempleo) hasta el cumplimiento por parte del trabajador de una determinada edad, que es diferente según la causa concreta del despido colectivo.

Como supuesto general, dicha edad está establecida en la actualidad en los 63 años, y la excepción se encuentra en el mantenimiento de este límite en los 61 años en el caso de despidos por causas económicas. Esta distinción encuentra su origen en la Ley 27/2011, de 1 de agosto (D.A.6ª.1)¹² -con anterioridad se contemplaba como edad única los 61 años- y de hecho, la norma reglamentaria vigente (art. 20 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el

¹² Entrada en vigor el 1-1-2013 (D.F.12ª)

Sistema de la Seguridad Social) todavía se refiere exclusivamente a los 61 años como edad única para determinar el cambio de la obligación de financiación.

El término final de la obligación empresarial de financiación del convenio se sitúa, por tanto, en los 61 años en “los expedientes de regulación de empleo por causas económicas”. El tenor literal es claro y puesto que todo el precepto parte de la premisa aplicativa de la existencia de un expediente de regulación de empleo la norma está excluyendo de la aplicación de este límite de edad los expedientes de regulación de empleo por causas técnicas, organizativas o de producción. Sin duda, la elevación de la edad en estos supuestos debe valorarse positivamente dada la amplia definición que de estas causas realiza el ET como justificativas del despido pero, sin embargo, debe valorarse muy negativamente la premisa mayor: la reducción de ese término final en el caso de los despidos económicos por cuanto incrementa el periodo a financiar por parte del trabajador que puede verse compelido a asumir el coste de esa financiación durante seis años si accede a la jubilación a la edad ordinaria de jubilación (67 años cuando finalice el periodo transitorio) bien por voluntad propia- no hay que olvidar que el acceso anticipado tiene un elevado coste para el trabajador como antes hemos visto-, bien por no reunir lo requisitos necesarios para acceder a la jubilación anticipada prevista en el art. 161 bis.2.A) LGSS que, de reunirlos, le permitiría reducir su edad de jubilación hasta en cuatro años, si bien soportando el coste de esa jubilación anticipada mediante la aplicación de los coeficientes reductores. En definitiva, que el legislador ha introducido una muy cuestionable reducción de la edad que opera como límite para la obligación empresarial de financiar el convenio especial de difícil justificación sin que quepa atender, a mi parecer, a las dificultades económicas de la empresa, que sin duda concurrirán en mucha mayor medida en el trabajador que ha perdido su empleo a edad avanzada¹³ y sin que pueda situarse tampoco en el hecho de que puede acceder a la jubilación anticipada a una edad anterior pues esta posibilidad también se aplica a las otras causas de crisis empresarial y no todos los trabajadores tienen asegurada esta posibilidad¹⁴.

¹³ La Exposición de Motivos de la Ley 27/2011, de 1 de agosto señala como justificación de la reforma: “La disposición adicional sexta, por su parte, modifica la regulación del convenio especial a suscribir en expedientes de regulación de empleo, para adaptarla a las nuevas edades de jubilación contempladas en la Ley”. Esta misma justificación aparece en el texto del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno a la tramitación parlamentaria (121/000120 Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, publicado en el Boletín de las Cortes Generales, Serie A de 1-4-2011).

¹⁴ Esta justificación se aprecia en una de las enmiendas presentadas (la Enmienda nº 149) presentada por la Sra. Díez (Grupo Mixto) cuyo tenor literal: “Las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años de edad o hasta la fecha en que reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación anticipada cuando la extinción del contrato de trabajo sea debida a causas económicas. En este último caso el trabajador podrá seguir cotizando a su cargo hasta la edad prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161”. Por su parte, la Enmienda nº 104 (Grupo Parlamentario Catalán-CiU) quiso ampliar la reducción a todas las causas de los expedientes de regulación de empleo: “Las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador

Alcanzada dicha edad, no es que se extinga la obligación de financiación del convenio especial sino que cambia el sujeto obligado, que pasa a ser el trabajador, obligación que alcanza hasta la fecha del cumplimiento de la edad mínima de acceso a la jubilación [art. 161.1.a) LGSS] o en su caso, hasta que el trabajador acceda a la jubilación anticipada. Como la edad mínima de acceso a la jubilación no es única, sino que depende de si el trabajador reúne o no 38 años y 6 meses de cotización –que será 65 o 67 años, respectivamente- la obligación a cargo del trabajador puede prolongarse durante un periodo de tiempo bastante dilatado que sólo puede verse reducido si el trabajador decide acceder a la pensión de jubilación anticipada, posibilidad que en este caso de “crisis empresarial” puede reducirse hasta en 4 años máximo respecto de la edad ordinaria (art. 161 bis.2 LGSS). Por tanto, a diferencia del subsidio de prejubilación que obligatoriamente se extingue cuando el trabajador puede acceder a la jubilación en cualquiera de sus modalidades, y por tanto, si puede acceder a la jubilación anticipada, en este caso el trabajador puede (realmente, debe, pues es una obligación) mantener el convenio especial puesto que la obligación de financiarlo sólo a él le compete pero indudablemente existe una presión para que acceda a la jubilación de forma anticipada con las consecuencias antes señaladas, puesto que, por un lado, se le obliga a financiar a su exclusivo cargo, el convenio especial y por otro lado, en el caso de que estuviera percibiendo el subsidio de prejubilación, este se extinguiría y con él, también la financiación a cargo del SPEE del convenio especial que integra la acción protectora de este subsidio y que se descuenta de la cuota que corresponde pagar al respectivo sujeto obligado.

En definitiva, cuando finalice el periodo transitorio actual (D.A.20ª LGSS) el trabajador podría jubilarse anticipadamente, si reúne los requisitos exigidos -que no se restringen sólo al periodo de carencia- a partir de los 63 años, lo que implica que el trabajador puede verse obligado a financiar durante un dilatado periodo de tiempo el convenio especial, asumiendo así un importante coste o en su caso, verse compelido a solicitar la jubilación anticipada, con lo gravoso que esta salida “voluntaria” del mercado de trabajo supone, como antes se ha puesto de manifiesto. De hecho, como pone de manifiesto el cuadro abajo recogido si el trabajador se jubila anticipadamente aunque sólo en el caso de extinción por causas diferentes a las económicas, el trabajador podrá liberarse de la obligación de financiar el convenio especial puesto que la financiación empresarial alcanza hasta que el trabajador alcanza la edad mínima de acceso a la jubilación anticipada (para quienes tienen fijada como edad mínima de jubilación los 67 años). Es lógico colegir que la elevación de la edad que determina el traslado desde el empresario al trabajador de la obligación de financiación del convenio especial encuentra, sin duda, su razón de ser en la elevación de la edad mínima ordinaria de jubilación

cumpla los 63 años, salvo en los casos de expedientes de regulación de empleo por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los 61 años.”

operada por la Ley 27/2011 y la consiguiente incidencia en la edad de acceso a la jubilación anticipada. En este sentido, resulta beneficioso para el trabajador que esta elevación se haya fijado directamente, sin sujeción a las normas transitorias previstas para la aplicación gradual de esta medida; es decir, independientemente de la implantación completa de la elevación de la edad mínima de acceso a la jubilación derivada de la Ley 27/2011. Esto supone que puesto que tanto la edad ordinaria de jubilación como, por derivación, la edad de acceso a la jubilación anticipada es variable hasta el año 2027 (D.T.20ª LGSS) durante este periodo transitorio el periodo al que puede alcanzar la obligación del trabajador de financiar el convenio especial se ha reducido en el caso de que el trabajador no tenga posibilidad de acceder a la jubilación anticipada e incluso se ha eliminado completamente si el trabajador sí tiene reconocido dicho derecho y hace uso del mismo.

La otra cara de la moneda es, sin embargo, el mantenimiento de los 61 años como límite de financiación empresarial del convenio para los despidos por causas económicas: en este caso, cada mes en que se incrementa por aplicación de la Ley 27/2011 la elevación de la edad mínima de jubilación determina un incremento del coste que esta medida supone para el trabajador, que es quien va a soportar dicho coste. Por lo demás, y en tanto los requisitos de acceso a la jubilación anticipada son estrictos, la obligación financiera para el trabajador puede prolongarse durante un largo periodo de tiempo, como se puede comprobar a continuación.

DURACIÓN DE LA OBLIGACION DE FINANCIACIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL							
HIPÓTESIS: TRABAJADOR DESPEDIDO CON 55 AÑOS Y TRAS AGOTAR PRESTACIÓN DE DESEMPLEO MÁXIMA (720 DÍAS) TIENE 57 AÑOS Y 0 MESES							
	CAUSAS ECONÓMICAS			OTRAS CAUSAS ERE			
	Empresario	Trabaj. 1 (*)	Trabaj. 2 (**)	Empresario de trabaj. 1	Trabaj.1 (*)	Empresario de trabaj. 2	Trabaj. 2 (**)
2015	4 años	4 años y 3 meses	3 meses	6 años	2 años y 3 meses	4 años y 3 meses	0 meses
2016	4 años	4 años y 4 meses	4 meses	6 años	2 años y 4 meses	4 años y 4 meses	0 meses
2017	4 años	4 años y 5 meses	5 meses	6 años	2 años y 5 meses	4 años y 5 meses	0 meses
2018	4 años	4 años y 6 meses	6 meses	6 años	2 años y 6 meses	4 años y 6 meses	0 meses
2019	4 años	4 años y 8 meses	7 meses	6 años	2 años y 8 meses	4 años y 8 meses	0 meses
2020	4 años	4 años y 10 meses	8 meses	6 años	2 años y 10 meses	4 años y 10 meses	0 meses
2021	4 años	5 años	1 año	6 años	3 años	5 años	0 meses
2022	4 años	5 años y 2 meses	1 año y 2 meses	6 años	3 años y 2 meses	5 años y 2 meses	0 meses
2023	4 años	5 años y 4 meses	1 años y 4 meses	6 años	3 años y 4 meses	5 años y 4 meses	0 meses
2024	4 años	5 años y 6 meses	1 año y 6 meses	6 años	3 años y 6 meses	5 años y 6 meses	0 meses

2025	4 años	5 años y 8 meses	1 años y 8 meses	6 años	3 años y 8 meses	5 años y 8 meses	0 meses
2026	4 años	5 años y 10 meses	1 año y 10 meses	6 años	3 años y 10 meses	5 años y 10 meses	0 meses
2027	4 años	6 años	2 años	6 años	4 años	6 años	0 meses
2028	4 años	6 años	2 años	6 años	4 años	6 años	0 meses
2029	4 años	6 años	2 años	6 años	4 años	6 años	0 meses

NOTAS

() Trabajador 1: Sin posibilidad de acceder a jubilación anticipada y sin acreditar la carencia exigida para mantener el derecho a jubilarse a los 65 años.*

*(**) Trabajador 2: Con posibilidad de acceder a jubilación anticipada [art. 161 bis.2 A) LGSS] y que hace uso de esa posibilidad. Sin acreditar la carencia exigida para mantener el derecho a jubilarse a los 65 años por lo que la anticipada se predica de la diferente edad exigible según periodo de aplicación transitorio previsto en la D.T.20ª LGSS. 2027: Finaliza el periodo transitorio (D.T.20ª LGSS).*

Al RDley 2/2009 de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas se debe una modificación tendente a minorar el coste de la financiación del convenio especial que si bien es interesante, parece que tendrá escasa aplicación dada la difícil inserción laboral de estos trabajadores. Según el epígrafe 4, si durante el periodo de cotización a cargo del empresario el trabajador realizase alguna actividad por la que se efectuasen cotizaciones a la Seguridad Social, las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de éstas últimas, se aplicarán al pago del convenio especial durante el periodo a cargo del trabajador, en los términos que reglamentariamente se determinen y sin perjuicio del derecho del empresario al reintegro de las cuotas que procedan, de existir remanente en la fecha en que el trabajador cause la pensión de jubilación. El art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social regula prolijamente estas cuestiones.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que en algunos casos este trabajador puede tener derecho al subsidio de desempleo de prejubilación para mayores de 55 años aunque, como hemos visto, no siempre será así dada lo restrictivo de su regulación legal. En estos casos, único en el que está prevista la cotización por jubilación, de la cuota del convenio especial se deduce la cotización a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, durante el periodo que pueda tener derecho a la percepción del subsidio calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial. Se reduce así el coste del convenio especial para los sujetos obligados (empresario y trabajador) pues el SPEE mantiene la financiación de la contingencia de jubilación si bien por la cuantía que se imputa al SPEE, que es diferente a la prevista en este supuesto: mientras la base de cotización durante esta situación es el promedio de las bases de cotización del trabajador de los últimos 6 meses de ocupación cotizada, la base de cotización durante la percepción del subsidio es el tope mínimo de cotización vigente en cada momento. Hay que recordar que la duración máxima de este subsidio alcanza también hasta que el trabajador pueda acceder a la jubilación en cualquiera de sus modalidades por lo que la posibilidad de que el trabajador pueda acceder a la

jubilación anticipada determinará la extinción del subsidio y consiguientemente, de la financiación de este convenio especial por el SPEE.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional, invocando precisamente la protección que deriva, entre otras, de esta previsión legal, acaba de declarar (STC 66/2015, de 13 de abril) que no es discriminatorio la utilización del criterio de la edad (mayores de 55 años) para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo por considerar que la mayor protección social brindada a este colectivo constituye un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo. Olvida el TC que se trata de una protección muy limitada, tanto en su articulación derivada del art. 51.9 ET como en la protección que también señala, derivada de la existencia del subsidio para mayores de 55 años. Omite el Tribunal Constitucional entrar a valorar realmente las graves consecuencias que se derivan para los trabajadores mayores de 55 años y que no se ven compensadas ni neutralizadas por esas medidas para evitar o minimizar los daños.

4. DESINCENTIVACIÓN DE LA EXPULSIÓN DE LOS TRABAJADORES DE MAS EDAD EN EL MARCO DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS: LA APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO.

La D.A.16^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto recogió lo que la doctrina denominó la “Enmienda Telefónica”. No presente en el Proyecto de Ley inicial, aparece como enmienda del Grupo Socialista en el Congreso (Enmienda nº 389)¹⁵ justificada en la necesidad de compensar del impacto que supone la expulsión prematura e injusta del mercado de trabajo de los trabajadores de mas edad, especialmente en lo referente al importante coste que supone para el sistema de protección de desempleo *“que resulta difícil de asumir en estos procesos de reestructuración cuando las empresas, aún teniendo necesidad de ponerlos en práctica, han obtenido beneficios”*. Con todo, no hay que olvidar que para el año 2011 ya eran numerosos los expedientes de regulación de empleo que se habían adoptado y aunque muchos de ellos no tuvieran lugar en empresas con beneficios, aquellos que sí que lo fueron quedaron fuera de esta previsión legal, al disponer que sería de aplicación a los expedientes iniciados a partir de 27 de abril de 2011.

No es la finalidad de estas líneas analizar en profundidad el complejo régimen jurídico de esta previsión regulada prolijamente, legal (art. 51.11 ET¹⁶; D.A.16^a Ley 27/2011) y reglamentariamente (RD 1483/2012, de 29 de octubre) sino únicamente llevar a cabo una reflexión sobre su funcionalidad en el contexto de las políticas de flexiseguridad. Modificada sucesivamente por las reformas de 2012

¹⁵ Boletín de las Cortes Generales, Serie A, 17 de junio 2011, núm. 120-10.

¹⁶ El epígrafe 11 del art. 51 ET fue introducido en el ET por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

(RDL 3/2012 y Ley 3/2012) y 2013 (RDL 5/2013 y RDL 16/2013), su régimen jurídico actual ha mudado sustancialmente su fisonomía original.

Efectivamente, la regulación originaria – y de ahí la denominación otorgada por la doctrina pues Telefónica se apresuraba en aquellas fechas a preparar el despido de buena parte de su plantilla aún teniendo importantes beneficios- se caracterizaba por estar referida a grandes empresas (mas de 500 trabajadores) incursas en procesos de expedientes de regulación de empleo y que afectaran a un numero importante de trabajadores cualquiera que fuera su edad, bastando con que el expediente de regulación de empleo comprendiera un solo trabajador mayor de 50 años, siempre que no hubieran sido objeto de recolocación en los seis meses siguientes a la fecha de extinción del contrato. Con el propósito de evitar que el despido colectivo pudiera servir para que la empresa prescindiera de los trabajadores de mas edad –bien por sus mayores costes salariales o su eventual mayor absentismo por razones ligada a la salud, entre otras causas-, su establecimiento buscaba la desincentivación del despido de estos trabajadores mediante su encarecimiento, erigiéndose a la par en una vía para la obtención de ingresos adicionales para compensar al erario público del coste en materia de protección social de la expulsión de unos trabajadores que, con toda probabilidad, no reingresarán al mercado de trabajo.

En el RDL 3/2012 se encuentra la primera modificación del ámbito de aplicación de la norma consistente en la eliminación del requisito de que dichos despidos afectaran a un número mínimo de 100 trabajadores (si bien en un periodo de referencia de tres años). No se exigía así un número mínimo de trabajadores de 50 o más años sino una cierta entidad de las extinciones contractuales en general, de tal forma que la mera presencia de uno de estos trabajadores en ese umbral de 100 trabajadores determinaba la aparición del supuesto aplicativo de la norma. La exigencia de este umbral mínimo de trabajadores predicado del total de la empresa (o grupo de empresas) determinaba su aplicación cuando dicha empresa fuera a despedir por la vía del art. 51 ET –aun con beneficios- a una quinta parte (20%) de sus trabajadores, porcentaje que era diferente a partir de dicho umbral mínimo. Tras la promulgación de la norma de urgencia de 2012 desaparece este último requisito y lo relevante es únicamente el tamaño de la empresa (que continúa anclando en 500 trabajadores) y el hecho de que el ERE afecte a trabajadores de 50 o más años, siendo irrelevante el número total de trabajadores afectados por el ERE y el número de trabajadores que, dentro de estos o dentro del total de la empresa, fueran mayores de 50 años. La tramitación parlamentaria como proyecto de Ley del RDL 3/2012 acarrea como nuevo cambio la reducción del tamaño de las empresas, que pasan a ser aquéllas de mas de 100 trabajadores, manteniéndose, sin embargo, la escueta referencia a que afecte a trabajadores de 50 o mas años, como criterio absoluto e independiente del número de trabajadores afectados por dicho ERE o el porcentaje que de estos o en la empresa eran mayores de 50 años.

Y es que, efectivamente, a la reforma de 2013 se debe el cambio de orientación en la consideración que la presencia en el ERE de los mayores de 50 años tiene a efectos del nacimiento de esta obligación: ya no basta con que haya trabajadores de esta edad en el ERE sino que lo exigido es que *“el porcentaje de trabajadores despedidos de 50 o mas años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de 50 o mas años sobre el total de trabajadores de la empresa”*. Se restringe así de forma notable el supuesto de aplicación de la norma a aquellos supuestos en los que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de despidos sea superior al porcentaje que los trabajadores de esa edad representan sobre el total de la plantilla de la empresa. La mera presencia de trabajadores de 50 o mas años no determina la aplicación de la norma: lo relevante es que en el ERE haya trabajadores de 50 o mas años en porcentaje superior al de trabajadores de esa edad en la empresa. El cambio de orientación es claro y así lo señala expresamente la Exposición de Motivos de la norma: restringir la obligación de llevar a cabo la aportación económica al Tesoro Público exclusivamente a las empresas que utilicen la edad como **criterio preferente de selección** de los trabajadores objeto de despido. Lo cuestionable es que sea la edad el criterio para la selección de los trabajadores afectados por el ERE no la mera presencia de trabajadores de esta edad en el ERE. El legislador quiere así desincentivar por la vía de su coste lo que, a mi parecer, resulta cuestionable desde la perspectiva constitucional del principio de no discriminación y que, sin embargo, el Tribunal Constitucional acaba de legitimar: según el Tribunal Constitucional (STC 66/2015, de 13 de abril) el uso del criterio de la edad (mayores de 55 años) para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo es un criterio que no incurre en inconstitucionalidad por considerar que la mayor protección social brindada a este colectivo constituye un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

En todo caso, la modificación legal implica, sin duda, una evidente restricción del supuesto aplicativo de la norma pero, sobre todo y lo que es peor, se abre un camino para su elusión con un simple cálculo aritmético: basta con que la empresa calcule el porcentaje determinante del nacimiento de la obligación de llevar a cabo la aportación económica y elija los despedidos de dicha edad por debajo de dicho porcentaje para eludir la norma. Se ha desactivado, de esta manera, el encarecimiento que de estas extinciones quiso llevar a cabo la Ley 27/2011, pues en las redacciones precedentes no había ningún requisito susceptible de ser manipulado a conveniencia en la búsqueda de la elusión de su aplicación. Y esta desactivación no se enerva por el hecho de que esta misma norma haya modificado –ampliándola– la forma de computar los beneficios empresariales, dando entrada también a empresas con pérdidas en el momento de inicio del ERE pero que

recupere beneficios después de éste,¹⁷ pues ambos requisitos son imprescindibles y la existencia de beneficios futuros –aunque la empresa esté con pérdidas en el momento de iniciar el ERE- no basta para el nacimiento de esta obligación legal si no concurre el requisito porcentual señalado.

Es cierto que, como novedad, la reforma de 2013 ordena computar a efectos del cálculo del porcentaje de los trabajadores despedidos de 50 o más años sobre el total de despedidos, no sólo los trabajadores afectados por el ERE sino también aquellos otros cuyos contratos se hubieran extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) –es decir, extinción de contratos de duración determinada- ocurridas en los tres años anteriores (con el límite de 27-4-2011¹⁸) o en el año posterior al inicio del procedimiento por despido. Es decir, el legislador tuvo en cuenta la eventualidad de que se hubieran llevado a cabo extinciones contractuales fuera del marco del ERE que podrían hacer inoperante esta obligación.

También a la reforma de 2013 se debe la exigencia de esta aportación cuando la empresa aplique medidas temporales de regulación de empleo que afecten a trabajadores de cincuenta o mas años como medida previa a la extinción contractual de estos mismos contratos en virtud de despido colectivo u otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de la extinción del contrato de duración determinada pero sólo siempre que no haya transcurrido mas de un año entre la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de estas medidas temporales y la extinción del contrato de cada trabajador.

Por lo demás, el importe de la aportación sigue un sistema complejo para su determinación. En primer lugar, se toman en consideración varios conceptos, sobre los que luego se van a aplicar unos porcentajes distintos que conjugan tres variables diferentes (porcentaje de trabajadores afectados mayores de 50 años en relación con el número de trabajadores despedidos; porcentaje de beneficios sobre los ingresos; y número de trabajadores en la empresa:

- a) La cuantía total efectivamente abonada por el SPEE por prestaciones contributivas por desempleo de los trabajadores mayores de 50 años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido;

¹⁷ Además de la obtención de beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores, la obtención de beneficios en, al menos, dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha. Esto supone que no sólo las empresas con beneficios en el momento del

¹⁸ La D.A.16ª LGSS en su redacción originaria disponía la aplicación de lo previsto en la misma los expedientes de regulación de empleo iniciados a partir de 27-4-2011.

b) Cuantía total efectivamente abonada por el SPEE por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo del SPEE durante el periodo de percepción de estas prestaciones contributivas de desempleo;

c) Un canon fijo por cada trabajador que haya agotado la prestación contributiva de desempleo y que comience a percibir alguno de los subsidios establecidos en el art. 215.1.1.a) y b) LGSS (agotamiento de prestación contributiva teniendo responsabilidades familiares y haber agotado prestación contributiva sin tener responsabilidades familiares pero mayor de 65 años) y 215.1.3 LGSS (subsidio de prejubilación para mayores de 55 años).

La obligación de abonar el canon se predica también de aquellos trabajadores que accedan directamente al subsidio por desempleo del art. 215.1.2) LGSS por no tener derecho al cobro de la prestación contributiva por desempleo, es decir, al subsidio denominado “cuasi-contributivo”.

Los importes a tener en cuenta en los dos primeros supuestos son importes brutos desde la fecha del despido de los trabajadores de cincuenta o mas años de edad, afectados por el despido, incluidas las cotizaciones a la Seguridad social realizadas por el SPEE y además, cuantía total efectivamente abonada por el SPEE. A significar que desde el RDL 3/2012 se computan también en esta base de cálculo esos mismos conceptos abonados por el SPEE de los trabajadores de 50 o mas años aunque sus contratos no se hubieran extinguido por la vía del art. 51 ET sino por cualesquiera otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) ET –es decir, extinción de contratos de duración determinada- producidos en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento del ERE. Se amplía así notablemente el alcance de la obligación compensatoria de la empresa pues comprende también la financiación de las prestaciones por desempleo y cotizaciones de aquellos trabajadores no vinculados por contratos de duración determinada que también perdieron su empleo fuera del cauce del ERE y por motivos ajenos al trabajador. Quedan así comprendidos, sin duda, los despidos disciplinarios calificados como improcedentes en tanto dicha calificación determina que nos hallemos ante un motivo no inherente a la persona del trabajador y por iniciativa de la empresa.

Por el contrario, en lo que respecta al canon fijo con el que se busca la compensación por el coste en subsidios de desempleo se ha establecido como base de cálculo la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio mas el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año de agotamiento (de la prestación contributiva).

La aportación se determina anualmente, mediante la aplicación de un tipo sobre cada uno conceptos señalados:

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficios sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2.000	Entre 101 y 999
Más del 35 %.	Más del 10 %.	100 %	95 %	90 %
	Menos del 10 %.	95 %	90 %	85 %
Entre 15 % y 35 %.	Más del 10 %.	95 %	90 %	85 %
	Menos del 10 %.	90 %	85 %	80 %
Menos del 15 %.	Más del 10 %.	75 %	70 %	65 %
	Menos del 10 %.	70 %	65 %	60 %

Sólo en el supuesto de empresas de mas de 2000 trabajadores con un 10% de beneficios y cuando se ha visto afectado un porcentaje de trabajadores de 50 o mas años superior al 35% se dispone la financiación completa del coste que esas extinciones de mayores de 50 años tienen para el sistema de protección por desempleo, concretamente en lo que se refiere a las prestaciones contributivas de desempleo (tanto el coste de la prestación económica como el de la cotización a la seguridad social durante dicho periodo). Por el contrario, el porcentaje mas bajo (60%) se aplica a las empresas entre 100-999 trabajadores, con beneficios inferiores al 10% (pero superiores al 0% porque el presupuesto aplicativo es que la empresa tenga beneficios), cuando el porcentaje de trabajadores afectados por las extinciones contractuales sea inferior al 15% (nuevamente superior al 0% pues es también presupuesto aplicativo que el porcentaje de trabajadores mayores de 50 años sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de 50 o mas años sobre el total de trabajadores de la empresa).

En todo caso, y a diferencia de los supuestos anteriores, esta compensación lo es a favor del Tesoro Público y no redunda en la protección de los trabajadores directamente afectados por dichas extinciones contractuales. La D.A.16ª Ley 27/2011 en la redacción vigente dispone que, al menos el 50 % de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se deben consignar en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas.

En conclusión, el actual sistema de Seguridad Social carece de instrumentos adecuados para asegurar el futuro acceso a las prestaciones del nivel contributivo en los nuevos entornos laborales, carencia que es especialmente grave en lo que se refiere a los trabajadores mayores o “maduros”, dotados de una menor empleabilidad: el sistema clásico de protección por desempleo ha devenido inadecuado en el contexto de las nuevas formas de organización del trabajo para conferir “seguridad” a los trabajadores en el curso de las diferentes transiciones laborales a las que va a tener que hacer frente a lo largo de su vida laboral. Pero sobre todo, y lo que sin duda es mas grave, tampoco hay previstos mecanismos que

permitan salvaguardar o proteger los futuros derechos a pensión de quienes están expuestos a carreras de seguro irregulares.

El subsidio de prejubilación, que ha constituido hasta fechas recientes el único instrumento tendente a asegurar al trabajador el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición a través de la financiación pública del convenio especial con la Seguridad Social, ha sido objeto de una drástica reforma: con ser importante la reducción de su intensidad protectora, sin duda, lo más criticable es la reducción de su ámbito de aplicación mediante la elevación de la edad “protegible” (y el momento de su concurrencia) pero sobre todo, al predicar la carencia de rentas del conjunto de la unidad familiar en la que se integra el “trabajador maduro”: en primer lugar, porque se delega en la familia la protección de “situaciones de necesidad”, en una clara inhibición pública de su función constitucional propia de un Estado Social (art. 1 CE) de otorgar prestaciones sociales ante situaciones de necesidad “especialmente en caso de desempleo” (art. 41 CE); pero sobre todo, porque aún obviando lo anterior, el trabajador va a ver perjudicado su derecho a pensión futura, por el hecho de estar integrado en una unidad familiar con un nivel de rentas, suficiente a juicio del legislador pero, sin duda, exiguo. La pérdida de la financiación pública del convenio especial va a tener consecuencias devastadoras para el acceso y/o cuantía de la futura pensión de jubilación. Por lo demás, en un país en el que la picaresca parece formar parte de nuestro ADN, puede suponer una medida incentivadora del fraude a través de la ruptura simulada de unidades familiares reales. Cuestionable es también la presión que su régimen extintivo puede suponer –para aquellos “privilegiados” que finalmente pueda acceder a la misma- para el acceso a la jubilación anticipada con el consiguiente coste para el trabajador.

En lo que respecta a las escasas nuevas medidas arbitradas por el legislador en estos supuestos, sin duda, lo más criticable es su limitado ámbito de aplicación al estar restringidos al ámbito de los despidos por “crisis empresariales”, a lo que hay que añadir la presión que el convenio especial del art. 51.9 ET supone también para el acceso a la jubilación anticipada –con las consecuencias señaladas- y el carácter meramente recaudatorio de la aportación al Tesoro Público prevista en el art. 51.11 ET, sin efectos directos sobre los trabajadores afectados.

En definitiva, la protección de los derechos futuros de los trabajadores maduros ha sido, y ahora lo es todavía más, muy escasa lo que no ha impedido que el Tribunal Constitucional declare que no es discriminatorio la utilización del criterio de la edad (mayores de 55 años) para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo por considerar que la mayor protección social brindada a este colectivo constituye un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo. Olvida el Tribunal Constitucional que se trata de una protección muy limitada, tanto en su articulación derivada del art. 51.9 ET como en la protección que también señala, derivada de la existencia

del subsidio para mayores de 55 años. Omite el Tribunal Constitucional entrar a valorar realmente las graves consecuencias futuras que se derivan para los trabajadores mayores de 55 años de la pérdida de su empleo, que no se ven compensadas ni neutralizadas por las muy escasas medidas arbitradas para evitar o minimizar los daños.