

Madrid, 11 de diciembre de 2006

INVOLUNTARIEDAD DE LAS BAJAS POR ERE EN EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

Como ya conoceréis, desde hace varios meses existe un conflicto con la administración de la Seguridad Social acerca del reconocimiento del carácter involuntario de las bajas por prejubilación instrumentadas a través del correspondiente Expediente de Regulación de Empleo. El no reconocimiento del carácter involuntario de dichas bajas tiene consecuencias importantes bien porque no posibilitarían el acceso al nuevo derecho de jubilación anticipada o bien porque dicho acceso sería siempre con un coeficiente reductor del 8%. **El Acuerdo de Pensiones firmado el pasado mes de julio por CC.OO. y una reciente sentencia del Tribunal Supremo han venido a zanjar definitivamente el conflicto de manera favorable para nuestros intereses.**

La normativa de Seguridad Social establece, en el artículo 161.3 de la Ley General de Seguridad Social, que uno de los requisitos que se deben cumplir para acceder a la jubilación anticipada a partir de los 61 años (con coeficientes reductores situados entre el 6% y el 8%) es que el cese *“no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador”*. Idéntico criterio figura en la Disposición Transitoria Tercera para el acceso de los mutualistas (cotizantes antes del 1 de enero de 1967) a los coeficientes reductores mejorados (entre el 6% y el 8%).

En ambos casos la ley establece que *“a tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1 de esta ley.”*

CRONOLOGÍA DE UN CONFLICTO

La Ley 35/2002 de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que es la que desarrollaba el Acuerdo de Pensiones suscrito por CC.OO. en el año 2001, establecía el nuevo derecho de jubilación anticipada a los 61 años y los nuevos coeficientes reductores de aplicación, en una escala entre el 6% y el 8% en función de los años cotizados. En la redacción de dicha ley se incluía la redacción anterior (salvo el párrafo final que comienza por *“se presumirá...”*).

Ante diversos pronunciamientos que se venían produciendo en algunos tribunales de justicia acerca de la voluntariedad, se introdujo en la Ley 52/2003 de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social el último párrafo anterior, para dejar claro que la involuntariedad *“se presume”* cuando se dé alguno de los

supuestos determinantes de la situación legal de desempleo: entre ellas está el haber causado baja por estar incluido en un ERE.

Desde mediados de 2005, el INSS venía rechazando en algunas direcciones provinciales el acceso a la jubilación anticipada (o a los coeficientes reductores mejorados) en aquellos casos en los que la baja se hubiera producido por su inclusión en un programa de prejubilaciones mediante un ERE que, o bien fuera voluntario, o bien tuviera un proceso previo de adhesión voluntaria.

Estos rechazos se concretaron en la aprobación de un criterio interno del INSS (criterio nº 2005/2) en el que establecía que dado que *“las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba”* (artículo 1251 del Código Civil), entendía que la baja era voluntaria (y por tanto, sin derecho ni al acceso al nuevo derecho de jubilación anticipada ni a los coeficientes reductores mejorados) en aquellos ERE's *“que al programa de prejubilación pactado pueda acogerse quien voluntariamente lo desee, siempre que responda a las características establecidas al efecto”*. En dicha circular el INSS se basaba en sentencias del Tribunal Supremo en las que se analizaba, en todos los casos, la legislación existente anterior a la modificación operada por la Ley 52/2003.

Con posterioridad a dicha instrucción interna del INSS se siguieron produciendo rechazos en algunas direcciones provinciales del INSS, si bien en la mayoría de ellas si que admitían la jubilación anticipada y los coeficientes reductores mejorados.

Desde entonces hemos estado desde CC.OO. batallando con el INSS para tratar de que modificara el criterio interno, pues entendíamos que hacía una interpretación restrictiva de la norma y vulneraba lo pactado en el Acuerdo de Pensiones del año 2001. El INSS se escudaba, siempre, en que no era posible sin modificar la legislación.

En el reciente Acuerdo de Pensiones de 2006, firmado en el mes de julio último, se venía a zanjar este problema por la vía de proponer la modificación del texto de la norma para que en lugar de decir que *“se presumirá...”* dijera que *“se entenderá...”*: en resumen, que quedara claro el carácter involuntario, a los efectos de normativa de jubilación, de las bajas por un ERE. Esa modificación se ha plasmado en el Anteproyecto de Ley que próximamente entrará en trámite parlamentario y que se prevé que entre en vigor en verano de 2007.

Con posterioridad a la firma del Acuerdo de Pensiones, en agosto del presente año, el INSS remitió una nueva circular, solo de aplicación a los ERE's de Telefónica, en la que insistía en considerar sus bajas como voluntarias, amparándose para ello en varias sentencias del Tribunal Supremo que hacían referencia, en todos los casos, a bajas producidas por prejubilación acordada en Convenio Colectivo o acuerdo individual, no en un Expediente de Regulación de Empleo.

Mientras tanto, el Tribunal Supremo venía considerando en algunas sentencias como voluntarias las bajas por prejubilación en ERE's que fueran voluntarios, siempre con la normativa anterior a la modificación del año 2003.

Finalmente, **la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en Sala General), en sentencia de Unificación de Doctrina de 24 de octubre de 2006**, que se ha conocido recientemente, ha modificado su anterior jurisprudencia y ha pasado a considerar, incluso con la redacción anterior a 2003, que los ceses producidos por un ERE son siempre involuntarios.

Así, en su fundamento jurídico cuarto afirma la sentencia que **“(…) el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado (...) en los que consta la extinción del contrato de trabajo y la opción del trabajador por la prejubilación, pero en el marco de la extinción e los contratos autorizada en el ERE.(…) Es cierto que la opción por la prejubilación ha sido voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea. En el régimen actual de los despidos colectivos se viene admitiendo una práctica administrativa, en virtud de la cual los trabajadores afectados por un despido colectivo pueden determinarse: 1º) de forma directa y nominal en la propia resolución administrativa, 2º) por el empresario sin una aceptación previa de la designación por el trabajador y 3º) por el empresario con una aceptación previa del trabajador, que se acoge así a determinadas contrapartidas previstas en el plan social. En cualquiera de estos casos el cese es involuntario para el trabajador (...). Puede haber voluntariedad en la fase de selección de los afectados, pero no la hay en la causa que determina el cese.”**

Igualmente la sentencia señala que **“la ley 52/2003, que por razones temporales no resulta aquí aplicable, viene a reconocer que ésta es la interpretación correcta, cuando introduce un nuevo inciso para aclarar que se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1 de esa Ley”**.

VALORACIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, si bien con retraso y precedida de otras sentencias menos favorables, viene a reconocer lo que siempre fue parte del Acuerdo de Pensiones que CC.OO. firmó en el año 2001: que las bajas producidas por ERE, aún cuando éste fuera “voluntario”, son involuntarias y por tanto pueden acceder tanto al nuevo derecho de jubilación anticipada como a los coeficientes reductores mejorados.

El reciente Acuerdo de Pensiones, y el texto que en él se pacta, van a consolidar dicha interpretación para zanjar de una vez este conflicto y cerrar el paso a posibles interpretaciones restrictivas futuras.

La actuación de CC.OO. en este tema, combinando la firmeza en la mesa de negociación (que ayuda a su solución futura definitiva y que se plasmó en el Acuerdo de Pensiones firmado el pasado mes de julio), con el trabajo desde el punto

de vista jurídico (que ha permitido que, finalmente, el Tribunal Supremo nos dé la razón) ha sido la acertada.

Resulta incomprensible la actuación que, en este tema, ha mantenido el INSS, intentando “retorcer” la interpretación de la norma hasta que se ha visto forzado a dar marcha atrás con la sentencia del Tribunal Supremo. Aunque no es demostrable, mucho nos tememos que la actuación del INSS no se ajena al hecho de que es una norma que procede de un Acuerdo de Pensiones (el del año 2001) que firmó otro gobierno y que el actual partido en el gobierno (entonces en la oposición) criticó con dureza, conjuntamente con UGT.

APLICACIÓN QUE VA A REALIZAR EL INSS DE ESTA SENTENCIA

La sentencia anterior fue notificada a las partes el pasado día 18 de noviembre. El día 28 de noviembre la Confederación tuvo una reunión con la Dirección del INSS para conocer la aplicación que van a realizar de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo. En dicha reunión se nos informa de lo siguiente:

- Con fecha 23 de noviembre de 2006 se ha remitido un escrito a todas las Direcciones Provinciales del INSS por el que modifica el criterio que anteriormente se había comunicado, y se dan instrucciones para que se consideren como involuntarias todas las bajas producidas por ERE, con independencia de las características de éste.
- A partir de la citada comunicación, procederá a aplicar dicho criterio tanto a las nuevas solicitudes como a aquellas que estén pendientes de resolución, con fecha de efectividad del hecho causante (esto es, con la fecha de efectividad solicitada por el trabajador).
- En aquellos casos en los que ya hubiera resolución considerando las bajas como voluntarias y se haya presentado (o se presente en el plazo establecido para ello) el correspondiente recurso en la vía administrativa, el INSS estimará el recurso y aplicará la interpretación de las bajas como involuntarias. La efectividad será también la del hecho causante.
- En aquellas situaciones en las que ya se hubiera agotado la vía administrativa y se hubiera presentado (o se presentara ahora si estuviera en plazos para ello) demanda ante los juzgados de lo social, el INSS dictará instrucciones a sus servicios jurídicos para que se allanen a la demanda. Igual ocurrirá con los que tuvieran la demanda perdida en primera instancia y hubieran recurrido al Tribunal Superior de Justicia (o frente a la sentencia de éstos y hubieran recurrido ante el Tribunal Supremo). También la fecha de efectividad será la del hecho causante.
- En los casos en los que se hubiera ganado en primera instancia y el INSS hubiera recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente (o frente a la sentencia de éste, hubiera recurrido ante el Tribunal Supremo), han

cursado igualmente a los servicios jurídicos del INSS instrucciones para que retiren los correspondientes recursos, y por lo tanto se convirtieran en firmes las sentencias favorables, reconociendo con ello también en estos casos la fecha de efectividad del hecho causante.

- El INSS procederá, en principio, a revisar de oficio la cuantía de la pensión reconocida en aquellos casos en los que se le haya aplicado un 8% de coeficiente reductor por considerar la baja voluntaria, en lugar del 6% - 7,5% que le hubiera correspondido. Dicha revisión se aplicará con efectos económicos de 18 de noviembre de 2006 (fecha de notificación de la sentencia al INSS). Obviamente, en aquellos casos en los que tuvieran pendiente o bien sentencia o bien respuesta al recurso administrativo previo, les será de aplicación la fecha del hecho causante.
- En aquellos casos en que lo que se produjo fue la negativa a causar derecho a pensión (por no haber cotizado antes del 1 de enero de 1967), deberán formular nueva solicitud de pensión. En dicha solicitud se podrá indicar como fecha de inicio de la pensión hasta tres meses antes de la solicitud, pero el INSS solo la reconocerá en principio desde el 18 de noviembre de 2006, salvo que tuvieran recurso administrativo o demanda pendiente de resolución, en cuyo caso la fecha de efectividad será la del hecho causante.
- En los casos en los que ya hubiera sentencia firme perdida por el trabajador, no habría posibilidad de reconocer carácter retroactivo alguno, por ser cosa juzgada.
- En determinados casos sería posible demandar la aplicación con efecto retroactivo anterior al 18 de noviembre de 2006 de las diferencias de coeficientes reductores aún cuando no se hubiera reclamado ni se hubiera demandado en su día. Dicho efecto retroactivo se puede solicitar con un máximo de cuatro años a contar desde la fecha en la que se interponga la demanda. Si hubiera alguna persona en esta situación, que se ponga en contacto con esta secretaría para estudiar el caso y prepararlo con los servicios jurídicos del sindicato.
- Cualquier otra situación, o en caso de duda, ponerse en contacto con esta secretaría.

Raúl Olmos Mata
Secretaría de Negociación Colectiva y Previsión Social
Federación de Comunicación y Transporte CC.OO.