Criterio 22/2000

RJ 97/2014

**JUBILACIÓN. HECHOS CAUSANTES ENTRE EL 1 DE ABRIL DE 2013 Y 2019 Y CESE EN TRABAJO POR CUENTA AJENA ANTES DE AQUELLA FECHA. LEGALIDAD APLICABLE. CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

Después de la publicación del Real Decreto-ley 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (RDL 5/13), se sucedieron las consultas sobre el alcance de la nueva redacción dada, merced a su artículo 8, al apartado 2 de la disposición final duodécima (DF 12ª) de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (LAAMSS).

En su primera redacción, vigente desde el 1 de enero hasta el 16 de marzo de 2013, la DF 12ª -bajo el título global de *"Entrada en vigor"*-, establecía, en su apartado 1, que el nuevo régimen jurídico de la pensión de jubilación, regulado en los artículos 4, 5 y 6 de la ley, entraría en vigor el 1 de enero de 2013; pero, en el apartado 2 introducía una norma, materialmente de derecho transitorio, para excluir del régimen de vigencia estipulado en el apartado 1, entre otras, a las pensiones de jubilación que se causen por *"Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la publicación de la presente ley".* Esa excepción, además de generar problemas sobre su ámbito subjetivo y dimensión temporal, dio pie, a la vista de la expresión imperativa *"Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades […] vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley",* a dudas interpretativas acerca de su carácter absoluto o relativo.

Ninguno de estos interrogantes fue resuelto al desarrollarse reglamentariamente la LAAMSS. El Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, aunque incluye tres disposiciones transitorias, ignora estas cuestiones. Y, suspendida, en virtud del Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre (disposición adicional primera), desde el 1 de enero de 2013 y durante tres meses, la regulación que sobre jubilación anticipada y parcial se había efectuado por la LAAMSS, ha de ser el RDL 5/13 que comenzamos citando el que, desde su entrada en vigor, el 17 de marzo de ese año, rehabilite la eficacia suspendida de aquella regulación (disposición derogatoria única), alterándola de manera significativa, al tiempo que introduce en la DF 12.2 LAAMSS cambios notables.

En efecto, a la hora de acometer la modificación de la DF 12ª.2 LAAMSS, afectada por la suspensión de efectos decretada antes, el RDL 5/13 lo hace bajo el rótulo, mucho más adecuado, de *"Normas transitorias en materia de pensión de jubilación";* limita, también razonablemente, el tiempo de aplicación de la legalidad anterior hasta 2019; y, ya en la letra a), despejando las dudas levantadas por la anterior redacción, refiere las extinciones de la relación laboral que dan derecho a continuar causando la pensión de jubilación por la legislación derogada, a las anteriores al 1 de abril de ese año 2013, añadiendo que ha de tratarse de extinciones que, vistas desde la fecha de solicitud, hayan puesto fin a la vida laboral o a la carrera de cotización del trabajador (*"…personas que […] con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes…"*), puntualización perfectamente comprensible.

Como puede apreciarse, en esa sucesión normativa apenas si se han superado las que ya en origen fueron **cuestiones conflictivas en torno a la DF 12ª.2 LAAMSS.** No es extraño, pues, que se hayan suscitado discrepancias con la Intervención General de la Seguridad Social sobre dichas cuestiones, **que ahora la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social** (DGOSS), al informar en dos de aquellos procedimientos (informes que se incluyen al final en sendos archivos), **resuelve en los siguientes términos:**

**1ª.- Cotizaciones después de marzo/2013.**

La disparidad de posturas versaba, en este caso, sobre el **alcance de la condición marcada en el apartado 2.a) de la DF 12ª LAAMSS**, impuesta a las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de abril de 2013, para que puedan causar, a partir de esa fecha, el derecho a la pensión de jubilación conforme a la legalidad vigente el 31 de diciembre de 2012. Se exige, a tal efecto, según esa letra a), que dichas personas *"con posterioridad a tal fecha* [31.3.2013] *no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social".*

**Entendió el INSS** desde el primer momento **que el legislador**, cuando limita la regulación anterior de la pensión de jubilación a aquellos trabajadores que, a partir de abril de 2013, una vez que antes de esa fecha su relación laboral se hubiese extinguido, no vuelvan a estar incluidos en un régimen del Sistema, **se está refiriendo a los trabajadores que lo fueron** -por cuenta ajena- **antes de abril, y no volvieron a serlo** -por cuenta ajena o propia- **después**; a quienes, con otras palabras, no vuelven a estar en activo. Y entendió asimismo que, a través de una situación asimilada a la de alta se puede continuar o prolongar o mantener la inclusión en el sistema, pero no volver a incluirse si se dejó de trabajar. **De manera que quienes, a través de la situación de desempleo cotizado, convenio especial o inactividad del Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por cuenta ajena (SEA), continuasen incluidos en el Sistema después de marzo, no perderían, por ese solo hecho, el derecho a jubilarse antes de 2019 con arreglo a la legalidad anterior a la introducida por la LAAMSS.**

No es ese el **criterio de la DGOSS**, cuya interpretación cabe esquematizar en los siguientes puntos:

- **Según la DF 12ª.2.a) LAAMSS, la legislación anterior** a la LAAMSS **no se puede aplicar cuando se efectuaron cotizaciones** válidas para la contingencia de jubilación -o era obligado efectuarlas-, desde una situación de alta o asimilada, **después del 31 de marzo de 2013.**

- La regla anterior tiene **dos excepciones, referidas a las** siguientes **cotizaciones:**

  **a)** Las realizadas después de aquella fecha **como beneficiario de una prestación contributiva o subsidio asistencial por desempleo**, derivados de un cese como trabajador por cuenta ajena **anterior a abril de 2013.**

**b) Y las efectuadas bajo cualquier otro concepto, después de la indicada fecha, que merezcan la consideración de "irrelevantes".**

- **La primera de las excepciones comprende las cotizaciones** correspondientes a la protección por desempleo **de beneficiarios tanto de prestación contributiva** -la común y la especial de los trabajadores eventuales agrarios (Ley 45/2002, de 12 de diciembre)-, **como de subsidio asistencial** -el de mayores de 52/55 años y el de fijos discontinuos (artículo 218 Ley General de la Seguridad Social (LGSS))-.

  En consecuencia, **dichas cotizaciones,** según el régimen de cada una, **son computables a todos los efectos o**, en su caso, **solo para la cuantificación de la pensión de jubilación,** causada antes de 2019 al amparo de la regulación anterior a la instaurada por la LAAMSS.

  **La excepción** comentada **se desvirtúa si** el **beneficiario del subsidio de desempleo**, procedente de una extinción de contrato anterior a abril de 2013, **ha suscrito el convenio especial previsto** en el artículo 24 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

- La **segunda excepción** es la que tiene que ver con **cotizaciones posteriores a 31 de marzo de 2013**, correspondientes a un trabajo o a un convenio especial que, por su escasa entidad, deben considerarse **irrelevantes** a efectos de la aplicación de la DF 12.2.a) LAAMSS.

  Mantiene la DGOSS que, según el artículo 161bis.2 A), LGSS, en relación con los artículos 1.2 y 3.1 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, una **cotización inferior a 30,41666 días** no puede tenerse en cuenta ni a efectos de determinar la edad de jubilación ni para causar el derecho a la pensión; razón por la cual dicha cotización puede calificarse de "irrelevante" en lo que aquí interesa, entendiendo que la misma no es determinante de la inclusión en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social a la que se refiere la citada DF 12ª.2.a) LAAMSS.

  Precisa aquel centro directivo que, *"tratándose de trabajos a tiempo parcial, para comprobar que no se ha excedido el límite de lo que se considera trabajo irrelevante los días trabajados a tiempo parcial deberían computarse según lo establecido en la disposición adicional séptima de la LGSS, regla segunda".*

- **Fuera de los supuestos excepcionados, se impone la aplicación de la regla general: si se ha cotizado por la contingencia de jubilación a partir de abril de 2013, no es posible reconocer la pensión con aplicación de la regulación que precedió a la LAAMSS**.

  Es decir, tanto si las cotizaciones posteriores a aquella fecha responden a la realización de una actividad, como si se han efectuado al SEA por inactividad sin derecho a prestación o subsidio de desempleo anterior (las ha abonado el trabajador, no el Servicio Público de Empleo Estatal), como si se deben a un convenio especial (aun suscrito antes de abril de 2013); todas ellas, decimos, dan lugar -en opinión de la DGOSS- a que se considere que el trabajador ha

vuelto a quedar incluido en un régimen del sistema de la Seguridad Social después de marzo de 2013.

- En cuanto al **tratamiento que merecen las situaciones posteriores a esa fecha, de compatibilidad de la prestación o subsidio de desempleo, derivados de un cese anterior, con un trabajo a tiempo parcial** (artículo 221.1 LGSS), **o de suspensión de dicha prestación o subsidio a causa de un trabajo temporal** (artículos 212.1.d y 219.2 LGSS), de lo dicho hasta aquí ya se deduce que la DGOSS no comparte el establecido en el RJ 155/2013 (criterio 22/2000).

  En términos generales, y sin perjuicio de las aclaraciones complementarias que más adelante se lleven a cabo, de entrada conviene advertir lo siguiente: **cualquier trabajo**, realizado **a partir de abril de 2013** por el beneficiario de prestación o subsidio de desempleo derivados de un cese laboral anterior, **que**, **desde que se comenzó** (antes o después de dicha fecha) **alcance o exceda el límite de los 30,41666 días, impedirá la aplicación de la regulación que en materia de jubilación estaba vigente el 31 de diciembre de 2012**.

- Lo que se deja dicho carece de relevancia respecto de aquellos supuestos de **ceses anteriores a abril de 2013** que puedan quedar **comprendidos en la letra b) de la DF 12ª.2 LAAMSS.**

  Quiere esto decir lo siguiente: que las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes del 1 de abril de 2013, como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, o de acuerdos colectivos de empresa registrados en el INSS, así como por decisiones acordadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a aquella fecha, podrán jubilarse hasta 2019 con aplicación de la regulación que precedió a la LAAMSS; y no será obstáculo para ello el hecho de que hayan cotizado a partir de abril de 2013 por la contingencia de jubilación, siempre que no lo hayan hecho en razón de alguna actividad o trabajo determinante de su inclusión -de acuerdo con el criterio de “relevancia” antes expuesto”- en algún régimen del sistema de la Seguridad Social.

  Al ser así, **lo cotizado desde aquel momento como perceptor de prestación contributiva de desempleo, o como titular de un convenio especial ordinario podrá tenerse en cuenta a cualquier efecto**. En la mencionada letra b) de la DF 12ª.2 LAAMSS no se contiene previsión alguna en contra de esa eficacia plena de las cotizaciones de referencia, ni tampoco se limita su ámbito a las extinciones de contrato posteriores al 31 de marzo de 2013.

## 2ª.- Ceses anteriores a abril/2013 y nueva jubilación anticipada voluntaria.

Demorada la entrada en vigor de la LAAMSS en lo que se refiere a la jubilación anticipada, está claro que hasta que se inicia su vigencia, el 17 de marzo de 2013, la única legalidad aplicable en esta materia es la que precede a la LAAMSS, puesto que no hay otra. Pero, a partir de ahí, con las salvedades hechas por la repetida DF 12ª.2, en redacción dada a la misma por el RDL 5/13, la legalidad que rige es la LAAMSS.

Partiendo de esa base, aunque, como dice la letra a) de aquella DF 12ª.2, estemos ante un cese anterior a abril de 2013, si, conforme al régimen jurídico del hecho causante de la pensión de jubilación, el mismo se sitúa después de 17 de marzo de 2013, cabría pensar que nada impide que se reconozca el derecho con aplicación de la nueva legalidad, en la que se configura la jubilación anticipada voluntaria como una modalidad de jubilación anticipada que no incluía la LGSS antes de la reforma de 2013.

Podría argumentarse, incidiendo en lo que se acaba de apuntar, que, en la medida en que la DF 12ª.2 es una norma de derecho transitorio, que consiente que se continúe aplicando la legalidad anterior en determinados supuestos previstos en la misma, esa norma no pretende -aunque utilice la fórmula imperativa *"Se seguirá aplicando […]"*- alterar la entrada en vigor de la legalidad nueva; que no lo pretende al menos en aquellos otros supuestos que la derogada no contemplaba, cual es el caso de la jubilación anticipada voluntaria que hoy se establece en el artículo 161 bis.2. B).

Sin embargo, la DGOSS**,** tomando en su literalidad el párrafo inicial del apartado 2 de la DF 12ª LAAMSS, ha resuelto en otro sentido acerca de la legalidad en materia de jubilación aplicable a hechos causantes producidos hasta 2019. Aunque el supuesto de hecho que había ocasionado la discrepancia sobre la que se pronuncia el órgano directivo, está comprendido en la letra a), y se refiere a una jubilación anticipada, cabe plantearse si la interpretación estricta que se impone en este caso, afecta a los incluidos en las restantes letras.

El **criterio** fijado por la **DGOSS es el que sigue:**

- **La legalidad aplicable para resolver la solicitud de pensión de jubilación, en el supuesto de trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013 y que**, atendiendo a las pautas expuestas para aclarar la 1ª cuestión planteada en el presente informe, **no hayan vuelto a quedar incluidos en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social**, **es la anterior a la LAAMSS.**

- **No obstante, si, conforme a dicha legalidad no fuera posible acceder al derecho a la pensión de jubilación, podrá aplicarse la regulación vigente en el hecho causante posterior a aquella fecha para la jubilación anticipada voluntaria.**

  Como la pensión por jubilación anticipada voluntaria introducida por la LAAMSS es una modalidad nueva de jubilación, la imposición con la que comienza la DF 12ª.2 de dicha ley -*"Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus distintas modalidades, […], vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley […]"*-, no debe afectar a aquellos supuestos en los que, si bien, en principio, y según lo dicho en la parte 1ª, tendría que aplicarse la legalidad anterior -incluyendo, por tanto, los supuestos excepcionales de beneficiarios de prestación o subsidio de desempleo-, el interesado no acredita los requisitos que la misma exigiría para jubilarse cuando lo solicita, y sí los que requiere la actual jubilación anticipada voluntaria.

**En esos supuestos** es en los que **ha de darse cabida a que el trabajador**, que solicita la pensión de jubilación anticipadamente, **opte por que se le reconozca el derecho a la nueva modalidad de jubilación anticipada voluntaria, o por esperar a acreditar los requisitos exigidos por la legalidad derogada** -los seis meses de demanda de empleo, como sucedía en el expediente informado por la DGOSS, o la edad ordinaria-, según convenga a sus intereses.

Al introducir en tales casos el derecho de opción, la DGOSS persigue un doble propósito:

1. De un lado, evitar las *"situaciones de desprotección"* a las que repetidamente se refiere en el último párrafo de su segundo informe; las que se causarían en los supuestos comentados si, atendiendo a la literalidad de la DF 12ª.2.a) LAAMSS, se aplicase la legislación anterior y se denegase, sin más alternativa, el derecho solicitado.

2. Y, por otra parte, respetar el derecho que asiste al trabajador de jubilarse más adelante, al amparo de la regulación derogada; derecho que se cercenaría si, en los casos de referencia, como el causante está en situación asimilada a la de alta, se entendiese que está incluido en un régimen del Sistema y que, por tanto, ha de aplicarse automáticamente la regulación vigente.

Como puede verse, en los supuestos comentados, no estamos en la tesitura de reconocer la pensión solicitada con la aplicación de la legalidad (de las dos posibles) que resulte más favorable; porque, en el momento de enjuiciar el derecho, la aplicación de una de esas legalidades no permite tal reconocimiento (no se acreditan los requisitos por la legalidad anterior). Se trata más bien de que el trabajador, -informado de cuál es el derecho al que puede acceder en el momento de la solicitud (la nueva jubilación anticipada voluntaria), y cuál el que puede lucrar en un tiempo determinado (las antiguas jubilaciones anticipadas o la ordinaria)- decida sobre su solicitud.

A esos efectos, la Subdirección General de Gestión de Prestaciones arbitrará el procedimiento para que el interesado ejercite su derecho de opción en los términos que se dejan dichos.

- En relación con **la jubilación anticipada mutualista**, se debe tener en cuenta que **no es** esa jubilación **una de las modalidades a las que se refiere la DF 12ª.2 LAAMSS**.

  Hay que pensar que esa modalidad de jubilación anticipada, con sus especificidades en cuanto a la edad y a los coeficientes reductores de porcentaje, pervive a través de unas disposiciones de derecho transitorio que datan de 1967. Aunque esas disposiciones se hayan podido modificar para evitar agravios comparativos, y aunque no impidan aplicar la regulación sobre base reguladora y porcentaje vigente en cada momento, no pueden entenderse afectadas por el régimen transitorio que se contiene en la citada DF 12ª.2 LAAMSS, que se refiere exclusivamente a las modalidades de jubilación reguladas en el articulado de la LGSS.

Dicho esto, en caso de ceses anteriores a abril de 2013 de quienes fueron mutualistas, se comprenderá que no hay más razón legal para reconocer el derecho a la pensión de jubilación anticipada que les corresponde como tales, que para reconocerles ese derecho prescindiendo de dicha condición.

Por consiguiente, en los supuestos analizados en el punto anterior**, el hecho de que el trabajador por cuenta ajena que haya cesado en su trabajo antes de abril de 2013, pueda causar la pensión de jubilación anticipada que le corresponde por haber pertenecido al Mutualismo Laboral antes de 1967, no le priva del derecho de opción que se ha visto antes**, cuando reúna los requisitos exigidos para lucrar la nueva pensión anticipada voluntaria.

1 de agosto de 2014

Informe DOGSS de 5-5-2014:

Informe DOGSS de 30-4-2014: