

Criterio 7/2003-04

RJ 116/2010

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DEL REAL DECRETO LEY 8/2010, DE 20 DE MAYO. ALCANCE.**

El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, elimina, al derogar la disposición transitoria decimoséptima de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), el régimen que a través de dicha disposición fue incorporado a partir de 1 de enero de 2008, y con el que se procuraba una aplicación gradual de la nueva regulación de la jubilación parcial (jp) para menores de 65 años instaurada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (LMSS).

Esta medida “extraordinaria” significaría, de implantarse con todo su rigor, que, desde la entrada en vigor del citado real decreto-ley, el 25 de mayo de 2010, el acceso a la jp antes de los 65 años, sólo resultaría posible si se acreditase la edad, la antigüedad en la empresa y el periodo mínimo de cotización establecidos en el artículo 166, apartado 2, LGSS.

Sin embargo, de nuevo se prevé, en la disposición transitoria segunda del real decreto-ley de 20 de mayo, un régimen transitorio para la aplicación del mencionado artículo 166.2 LGSS. Con lo cual, no se pone término definitivamente a la aplicación paulatina de ese precepto legal, pero se restringe la misma de forma significativa en tres sentidos:

- En relación con el tiempo de vigencia del régimen transitorio, que durará sólo hasta el 31 de diciembre de 2012.
- En cuanto al ámbito subjetivo de dicho régimen, que sólo beneficia a los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios y acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos, respectivamente, antes del pasado 25 de mayo.
- En lo referente a los requisitos, puesto que la transitoriedad sólo se prevé respecto de la edad mínima, que, durante el plazo indicado y respecto de los trabajadores antes especificados, aunque no se trate de mutualistas, puede continuar siendo inferior a la de 61 años que marca el precepto legal (no menos de 60 años y 6 meses si el relevista no es contratado por tiempo indefinido a jornada completa).

Pues bien, de estos tres aspectos sobre los que incidió la limitación del anterior régimen transitorio de la jp, es el relativo al alcance subjetivo del implantado desde el 25 de mayo de 2010 el que va a ser objeto de estudio en el presente expediente. Es preciso, efectivamente, delimitar el campo personal de la disposición transitoria segunda del real decreto-ley, al tratarse ésta de una

cuestión que suscitó desde el primer momento las dudas interpretativas que a continuación se analizan.

**1ª.-** El primer interrogante que se plantea es el siguiente: **si**, a la vista de la expresión “*compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de Convenios y acuerdos colectivos de empresa*”, **la condición “de empresa”**, inherente a aquellos expedientes, **únicamente es exigible**, además, **en relación con los acuerdos colectivos que no tienen la categoría de convenios colectivos estatutarios; o si esa limitación es igualmente predicable en cuanto a los convenios colectivos.**

La adecuada comprensión de esta norma no se extrae de su lectura aislada, sino de una lectura de la misma contrastada con la de su inmediato precedente, y contextualizada en el marco en el que se produce; son, al fin y al cabo, las reglas hermenéuticas que se ofrecen en el artículo 3.1 del Código Civil para interpretar y aplicar las disposiciones normativas.

Así, si se comparan los términos de la nueva disposición transitoria con los de la derogada disposición transitoria decimoséptima LGSS, se observa que en esta última, en su apartado 5, se mantenía la regulación de la jp anterior a la LMSS también en atención a compromisos colectivos anteriores; pero, a diferencia de lo que hace el legislador de 2010, el de 2007 no incluye referencia alguna al ámbito -empresarial o superior- de los convenios o de los acuerdos que hubiesen acogido aquellos compromisos. Este elemento diferenciador entre dos normas que, en momentos distintos y en relación con la misma prestación, echan mano del mismo recurso para preservar transitoriamente una legalidad que se extingue, revela que la nueva disposición, al introducir el término “empresa”, inexistente en la que le precedió, lo hace con algún propósito.

Si, por otra parte, añadimos a la anterior reflexión que “*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [las normas], atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”, tiene un peso especial en este caso, es razonable concluir que la disposición transitoria que ahora analizamos pretendió, también en este punto de los compromisos adquiridos entre empresarios y trabajadores, ser restrictiva en comparación con la etapa precedente, corrigiendo la amplitud con la que entonces se entendió aquel concepto debido a la falta de precisión de la norma derogada.

Parece oportuno poner de relieve, en relación con esta última apreciación, que, como de todos es sabido, para aplicar el apartado 5 de la antigua disposición transitoria decimoséptima LGSS, se vino a entender por “compromiso” cualquier previsión de jp contenida en los convenios o acuerdos colectivos (las Instrucciones provisionales que remitió esta Subdirección el 2 de enero de 2008, y el informe RJ 94/2008, añadido al criterio 7/2003-04, dan fe de ello). Tal vez un criterio tan permisivo desvirtuó el auténtico significado de aquel concepto; aunque también hay que reconocer que a esa interpretación se llegó porque era la única posible, ya que en los acuerdos y convenios colectivos sectoriales, que no se rechazaban en el derogado texto normativo, difícilmente

se puede recoger un verdadero compromiso por parte de las empresas del sector acerca del derecho de sus respectivos trabajadores a pasar a la jp.

Ahora, el legislador parece haber actuado con el designio de racionalizar esta materia, y superando la anterior indeterminación, sitúa los compromisos colectivos pactados sobre la misma en el único ámbito en el que, en función de las concretas circunstancias organizativas, económicas y laborales, se pueden contraer obligaciones empresariales de esta trascendencia, que es en el particular de cada empresa. Y no parece insignificante, en este sentido, la expresa mención en la disposición transitoria, inmediatamente antes de la dedicada a los convenios y acuerdos colectivos, a los compromisos adoptados en los expedientes de regulación de empleo, que en todo caso son de empresa.

Retomando, pues, la duda formulada inicialmente, no se entendería bien que los compromisos reflejados en acuerdos colectivos sectoriales carezcan de eficacia a lo que aquí interesa -cuestión que está clara en la letra de la norma-, y sí la tuviesen en cambio los convenios colectivos de ese mismo ámbito. Por consiguiente, **para que haya lugar a la aplicación de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 8/2010, ha de tratarse de trabajadores pertenecientes a una empresa que, en un expediente de regulación de empleo, en un convenio colectivo de la propia empresa, o en un acuerdo colectivo de esa empresa, aprobado el primero o suscritos el respectivo convenio o acuerdo antes del 25 de mayo de 2010, se hubiese establecido, como compromiso del empresario, el derecho de sus trabajadores, o de algunos de sus trabajadores, a la jubilación parcial prevista en el ordenamiento de la Seguridad Social y en el Estatuto de los Trabajadores.**

**2ª.- Resuelta esa duda, es importante también aclarar qué hemos de entender por empresa, a estos efectos.**

Para ello, no parece necesario ni siquiera adecuado acudir a conceptos extraídos de otros sectores del ordenamiento jurídico, cuando en el específico de la Seguridad Social se acuña un concepto propio, coincidente con el establecido en el ordenamiento laboral. Desde el momento en que en el artículo 99.3 LGSS se dice que *“A los efectos de la presente Ley se considerará empresario [...]”*, es evidente que lo que ahí se indique rige, salvo excepciones previstas legalmente, tanto en materia de inscripción de empresas y afiliación de trabajadores como en el campo de las prestaciones.

Por lo tanto, en orden a determinar si un acuerdo o convenio colectivo es de empresa o de ámbito superior, tendremos presente, continuando con la transcripción del precepto legal, *“que se considerará empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a **toda persona natural o jurídica, pública o privada, por cuya cuenta trabajen las personas incluidas en el artículo 97**”*; aunque la remisión a este último precepto, que sólo se refiere a los trabajadores incluidos en el Régimen general, hay que ampliarla, como hace el artículo 10 del Reglamento General de inscripción de empresas (Real Decreto 84/1996, de 26 de enero), a las normas reguladoras

del **campo de aplicación de cualquier régimen de trabajadores por cuenta ajena de los que integran el sistema de la Seguridad Social.**

Ello evita cualquier duda acerca de la eficacia, en relación con la materia que nos ocupa, de los convenios o acuerdos colectivos de entidades u organismos públicos que, sin tener la condición, de acuerdo con la legalidad mercantil o administrativa a la que se sometan, de empresa pública o privada, son, no obstante, empresas a efectos laborales y de Seguridad Social; por tanto, de existir cláusula en dichos convenios o acuerdos reconociendo el derecho de los trabajadores afectados por los mismos a jubilarse parcialmente, será posible aplicar el régimen jurídico de la pensión de jp que se garantiza en la disposición transitoria segunda del real decreto-ley de mayo de 2010.

**No obstante**, existen supuestos en los que, aun existiendo la empresa tal y como se acaba de definir, al estar ésta integrada en una entidad supraempresarial, como es el grupo de empresas, o pertenecer a una Administración pública, las normas convencionales que regulan las relaciones de cada empresa/organismo/entidad con sus correspondientes trabajadores laborales son los convenios/acuerdos colectivos del grupo empresarial o los suscritos por una determinada Administración; convenios o acuerdos colectivos supraempresariales en los que sí puede asumirse un compromiso a nivel de empresa individual. De ahí que en tales casos, el hecho de que la empresa no cuente con un convenio o acuerdo colectivo propio sobre jp no necesariamente impide que se aplique a sus trabajadores la disposición transitoria que aquí se estudia; porque, a efectos de dicha aplicación, y **en las condiciones que a continuación se exponen, el grupo de empresas, la Administración General del Estado, la Administración de una Comunidad Autónoma, una Administración municipal o provincial, ha de tratarse o considerarse como una empresa.**

Para que efectivamente proceda esa consideración de empresa y aquella aplicación de la disposición transitoria, la empresa/organismo/entidad pública del trabajador que quiere jubilarse, que no dispone de convenio colectivo propio, ha de constar expresamente relacionada en el ámbito del convenio/acuerdo colectivo del grupo de empresas, o en el del convenio/acuerdo para el personal laboral de una Administración Pública. Y, además, en estos convenios/acuerdos colectivos, sin excepción que afecte a la empresa/entidad/organismo de que se trate, se ha de recoger el derecho a la jubilación parcial de los trabajadores incluidos en el mismo.

**3ª.-** Por lo que se refiere a **qué debe entenderse por “acuerdo colectivo”**, a propósito de aplicar o no la citada disposición transitoria, diremos que se trata de un asunto que se estudió en el expediente RJ 48/2009, incluido en el criterio 7/2003-04, para la aplicación entonces de la disposición transitoria decimoséptima LGSS. Aunque remitamos a dicho expediente para más detalle, interesa aquí reiterar lo esencial, que es lo siguiente:

- Que el acuerdo o pacto, para que sea colectivo, sólo puede haber sido negociado, conforme al artículo 37.1 de la Constitución española, por los representantes de los trabajadores y los empresarios; si bien cualquier otro

acuerdo colectivo distinto del convenio colectivo no precisa para su validez que la representación de los trabajadores reúna la legitimación o se alcance el acuerdo por la mayoría previstas en los artículos 87 y 89 LET. Lo que sí **es imprescindible para que se trate de un acuerdo colectivo y no individual** entre empresario y trabajador es **que por parte de los trabajadores hayan negociado sus representantes**, unitarios o sindicales, sin exigencia de tener determinada representatividad, sino el mero hecho de ser sus representantes.

- Que, inicialmente, **la eficacia del acuerdo celebrado sin la representatividad que requiere el convenio colectivo, se circunscribe a los trabajadores representados en la negociación; pero cabe que se amplíe** el ámbito inicial **mediante adhesiones individuales**, que no han de ajustarse a formalidades especiales, salvo lo que prevea el propio acuerdo.

- Estos acuerdos colectivos no estatutarios **no cuentan**, por el momento, **con ningún registro oficial ni son publicados oficialmente**, aunque las partes pueden, voluntariamente, remitirlos a la autoridad laboral competente para su inclusión en el depósito de pactos y acuerdos.

Añadiremos a lo dicho una puntualización, en aras de una estricta observancia de la finalidad pretendida por la norma: si en los pactos o acuerdos colectivos que se presenten a la dirección provincial en el trámite del expediente de jp no figura el sello de presentación de los mismos ante la autoridad laboral en fecha anterior al 25 de mayo de 2010, el trabajador deberá aportar una declaración jurada sobre la existencia y fecha del acuerdo.

**4ª.-** Referente a **la vigencia del acuerdo colectivo sobre jp**, para que éste dé lugar a la aplicación de la disposición transitoria segunda del real decreto-ley, diremos que **no sólo es exigible dicha vigencia en el momento en que se inicia la de la citada disposición transitoria**, el 25 de mayo de 2010, **sino que ha de acreditarse que el compromiso se mantuvo hasta la fecha del hecho causante de la jp.**

Tampoco es novedosa esta cuestión, porque también se planteó con ocasión de la disposición transitoria decimoséptima LGSS, así que los criterios adoptados entonces resultan ahora igualmente aplicables. En principio, **tratándose de convenio colectivo, tendrá que demostrarse que las cláusulas convencionales relativas a la jp estaban y continuaron**, como se dice, **vigentes** a partir de aquella fecha hasta la del hecho causante, **o que, sin solución de continuidad fueron sustituidas por otras**, comprendidas en un nuevo convenio, **que reiteren los compromisos pactados antes.**

Para ello, debemos **tener presente** lo siguiente:

- Rebasado el ámbito temporal inicialmente pactado por las partes, se verificará si el propio convenio prevé la prórroga a todos los efectos, durante el tiempo que medie desde la fecha de su expiración y la entrada en vigor del convenio que lo sustituya, según lo indicado en el **artículo 86.1 LET.**

- En otro caso, habrá que estar a lo establecido en los **siguientes apartados del mismo precepto**, conforme a los cuales, y **a menos que expresamente se hubiese acordado lo contrario en el mismo convenio, éste, por lo que respecta a la cláusulas normativas** (que son las que aquí interesan), **mantiene su vigencia hasta que se apruebe el que lo sustituya.**

Por lo que hace al resto de los acuerdos colectivos, los no estatutarios, habrá que atenerse, en cuanto a la vigencia de lo acordado, a lo expresa y formalmente pactado por el empresario y los representantes de los trabajadores en el acuerdo que pretende hacerse valer. No procederá, en consecuencia, entender prorrogado un pacto una vez concluida la duración inicialmente acordada para el mismo; será, por el contrario, exigible un acuerdo formal de prórroga suscrito con anterioridad a la expiración del anterior, cuando se trate de comprobar la continuidad hasta el hecho causante de un compromiso empresarial vigente el 25 de mayo de 2010.

En resumen, **respecto de aquellos acuerdos que no son convenios colectivos**, para la aplicación de la disposición transitoria segunda del real decreto-ley de mayo de 2010, **será necesario:**

- Que el **acuerdo** colectivo con el compromiso de jubilación parcial se hubiese **pactado antes del día 25 de dicho mes, y que en esa fecha continuase vigente.**

- Que, **si hubiese expirado** el tiempo para el cual se fijó ese acuerdo **cuando se produce la jp**, se hubiera acordado por la empresa y por los representantes de sus trabajadores la **prolongación de su vigencia o un nuevo acuerdo** que no altere el pacto anterior en lo relativo a la jp; prolongación o nuevo acuerdo que tendrán que haberse decidido y suscrito **antes de que concluyese la vigencia del acuerdo inicial.** Sólo así se aceptará que la eficacia del pacto originario se vio prolongada sin solución de continuidad, desde la fecha inicialmente prevista para su finalización hasta otra posterior que comprenda la del hecho causante de la jp que se solicita.

29 de junio de 2010

LA SUBDIRECTORA GENERAL,

Marina Hervás Bautista