

# LAS BAJAS VOLUNTARIAS PROGRAMADAS: ¿UN MECANISMO PARA ESQUIVAR LAS PROHIBICIONES DE EXTINCIÓN COVID?<sup>1</sup>

*Paz Menéndez Sebastián, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo*

**SUMARIO: 1. Planteamiento general. 2. Las limitaciones de extinción y despido COVID. Cada cosa en su lugar: 2.1. La llamada “prohibición de despido COVID”. 2.2. La cláusula de salvaguarda del empleo. 3. Las bajas programadas y las restricciones extintivas COVID: 3.1. Las prejubilaciones como mecanismo “clásico” de reestructuraciones empresariales. 3.2. Las prejubilaciones pactadas al margen del ERE. 3.3. Prejubilaciones programadas en el marco de EREs Exclusiva opción de la acreditación de causa autónoma respecto de la pandemia. 4. A modo de recapitulación.**

## 1. Planteamiento general

Aunque la pandemia causada por el patógeno vírico COVID-19 o SARS-CoV-2 ha sorprendido en su duración y alcance a propios y extraños, lo que en ningún momento se ha puesto en duda es su demoledor impacto en el mercado laboral, y el grave riesgo que conllevan para el empleo en términos globales y particulares los continuos procesos de paralización y limitación de las actividades productivas decretados por las autoridades sanitarias en el desesperado intento de frenar el avance del virus. Ello explica que, desde el primer momento, la práctica totalidad de los Estados, al menos de los que nuestra órbita más próxima, hayan apostado por diseñar mecanismos para contener o mitigar la destrucción de empleo que estos intervalos de inactividad productiva pueden acarrear. En nuestro caso, el Gobierno --además del permiso retribuido obligatorio recuperable y la recomendación del teletrabajo--, ha optado por apostar rotundamente por los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTes), llevando a la flexibilidad interna las causas potenciales de despido relacionadas con la COVID.

La estrategia no es, ni mucho menos, una originalidad nacional, sino más bien una opción a grandes rasgos compartida por la mayoría de los países de nuestro entorno. En efecto, los llamados *lay-off* se han convertido en un mecanismo común y sostenido en casi toda Europa para afrontar la crisis de empleo que acompaña a la sanitaria COVID. Ahora bien, esta similitud de vías para evitar la masiva destrucción de empleo se queda en buena medida en la elección del instrumento (*Kurzarbeitgeld* en Alemania y Austria, *chômage partiel* en Francia, NOW-3 en Países Bajos o

---

<sup>1</sup> Comunicación presentada a la Ponencia del Profesor Ignasi Beltrán titulada “Crisis empresarial provocada por la pandemia y extinción de la relación laboral”.

el *furlough* en los países anglosajones), sin alcanzar al modo concreto de gestionarlo. En España se ha pergeñado un modelo de medidas de flexibilidad interna -- suspensión de las relaciones laborales, reducciones de jornada o combinación de ambos: ERTEs mixtos--<sup>2</sup>, ofreciendo a nuestros empresarios un instrumento de ahorro salarial temporal para hacer frente a las imposibilidades o limitaciones productivas relacionadas con la COVID, rebajando además los costes empresariales mediante la exoneración y reducción de cotizaciones cuando las dificultades productivas traen causa en una decisión gubernativa --fuerza mayor/*factum principis*--<sup>3</sup>. Pero esta moldura no se ha querido conformar como una alternativa de libre elección, sino como un camino obligado, forzando el desvío a los ERTEs mediante la formulación de una prohibición de extinciones COVID (art. 2 Real Decreto-Ley 9/2020), inexistente en otros países que también han optado por los expedientes temporales como tabla de salvación del empleo.

Paralelamente, la efectividad de esta estructura de diques de contención de la destrucción de empleo se ha reafirmado con el compromiso empresarial, contenido en la DA 6ª del RD-L 8/2020, reguladora de la cláusula de salvaguarda del empleo, sucesivamente retocada y ampliada por otras normas, que impide al empresario despedir durante seis meses (tras el reinicio de la actividad) a los trabajadores incorporados a un ERTE bonificado<sup>4</sup>. De esta forma, se fuerza el paso por el ERTE ex art. 2 del RD-L 9/2020, de 27 de marzo, al negar la consideración como razones justificativas del despido o la extinción contractual a la fuerza mayor o a las causas económicas, organizativas, técnicas o de producción cuando traigan causa en la

---

<sup>2</sup>En general sobre las luces y sombras de los ERTEs COVID, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "COVID-19 y expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2020; CAVAS MARTÍNEZ F., "Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional por la preservación del empleo en tiempos de pandemia", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 1, 2020, pág. 109-ss.

<sup>3</sup> Recuérdese, en tal sentido, que los ERTEs de fuerza mayor COVID disfrutaban de considerables ventajas o exoneraciones de cotización --también los ETOP entre el 27 de junio y el 1 de octubre, y los convertidos de fuerza mayor a ETOP en determinados sectores particularmente castigados por la crisis sanitaria--. Un completo balance de todas las posibilidades de ERTEs bonificados en MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*, Tirant Blanch, 2021, pág. 25-55.

<sup>4</sup> Puede consultarse un interesantísimo y completo repaso por todas las dificultades jurídicas que se presentan alrededor de las cláusulas de salvaguarda de los ERTEs COVID en CABEZA PEREIRO J., "ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas", *Revista de Derecho del Trabajo*. CEF, nº 456, 2021.

situación generada por la COVID<sup>5</sup>. Y una vez integrado en el ERTE COVID el empresario queda comprometido por la cláusula de salvaguarda<sup>6</sup>.

Este excepcional diseño de mecanismos sincronizados se pensó para solventar una crisis que había de durar a lo sumo unas semanas, y para tal propósito se antojaba como una solución no sólo ingeniosa, sino tremendamente útil para salvar miles de puestos de trabajo. El problema es que el trenzado de herramientas descritas ha tenido que mantenerse como “escudo social” meses y meses ante la innegable realidad de la pervivencia del virus. Y esta prórroga durante más de un año de medidas absolutamente excepcionales y de emergencia ha terminado repercutiendo en la viabilidad productiva y económica de nuestras comerciales<sup>7</sup>. De hecho, algunas de las empresas más importantes de nuestro país han comenzado ya a anunciar planes de reestructuración de plantillas para garantizar su supervivencia a corto plazo.

Pues bien, el propósito de la comunicación que con estas líneas se inicia es, precisamente, someter a examen la legalidad de algunas de esas decisiones empresariales, en particular, los planes de bajas voluntarias programadas anunciados por empresas de tanta tradición y volumen de negocio como Inditex, BBVA y el Corte Inglés<sup>8</sup>. Se trata de examinar cuál es el margen real y legal de acción de que disponen estas comerciales a la hora de ofrecer a sus empleados planes de prejubilación, sin con ello esquivar espuriamente tanto la restricción de despido y extinción COVID como

---

<sup>5</sup> En general sobre las causas justificativas de los ERTEs de fuerza mayor COVID especialmente durante los primeros tiempos de la pandemia, véase la DGE-SGON-81 1 bis CRA, de 19 de marzo de 2020, ampliada por la de 28 de marzo de 2020 (DGE-SGON-841-CRA).

<sup>6</sup> Sobre el alcance de la “prohibición de despedir” y de las cláusulas de salvaguarda, MOLINA NAVARRETE C., “La pretendida “prohibición de cese laboral” en tiempos de covid19: «vicios» de una «legalidad (administrativa) sin derecho»”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 1, octubre, 2020, pág. 84-ss; CAVAS MARTÍNEZ F., “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional por la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 1, 2020, pág. 109.

<sup>7</sup> Un repaso por el vertiginoso transcurrir normativo de estos tiempos COVID en MOLINA NAVARRETE C., “La COVID/19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 446, 2020, págs. 5-30.

<sup>8</sup> En general sobre la legalidad de las medidas empresariales extintivas de las relaciones laborales en el contexto COVID, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. y RODRÍGUEZ CARDO I. A., “Límites al despido por COVID: alcance y significado de la ‘prohibición de despedir’ y la cláusula de salvaguarda”, *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, enero, 2021, nº 454, pág. 17-55.

las cláusulas de salvaguarda<sup>9</sup>. Para ello resulta imprescindible atender a las particulares condiciones en las que se encuentra la empresa --diferenciando entre las empresas que han transitado por un ERTE bonificado y las que no--, analizar si la programación de bajas se integra en un expediente de regulación de empleo con otras medidas extintivas, cuál es la causa alegada en tal caso, si se trata de trabajadores que pueda acceder a la jubilación o, por el contrario, tienen que situarse en el entorno de la prestación por desempleo, etc. Pues todos estos componentes están llamados a repercutir en la calificación final de la medida en cuestión.

## **2. Las limitaciones de extinción y despido COVID. Cada cosa en su lugar**

Para afrontar como mínimas perspectivas de éxito el propósito descrito resulta imprescindible comenzar acotando correctamente el alcance material tanto de la mediáticamente llamada “prohibición de despido COVID”, como de la cláusula de salvaguarda del empleo, y en particular las circunstancias extintivas del contrato que pueden considerarse compatibles con cada una de ellas.

### *2.1. La llamada “prohibición de despido COVID”*

Resulta imprescindible comenzar señalando que el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020 no contiene, en modo alguno, una prohibición general de despedir trabajadores. La norma únicamente inhabilita, por el momento hasta el 31 de mayo de 2021 (Real Decreto-Ley 2/2021), la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, que son las únicas que «no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido»<sup>10</sup>. Ello es así porque esta regla tiene como principal propósito forzar el tránsito empresarial hacia el andamiaje de los ERTEs COVID --fuerza mayor y ETOP--, como

---

<sup>9</sup> No en vano, aunque el fraude de ley no se presume, esto no significa que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (SSTS 19/06/95, Rec. 2371/94; 31/05/07, Rec. 401/06; 14/05/08, Rec. 884/07; 12/05/09, Rec. 2497/08). En la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían (SSTS 11/10/91, Rec. 195/91; 05/12/91, Rec. 626/91; 14/05/08, Rec. 884/07).

<sup>10</sup> Así lo ha sostenido expresamente la propia DGT en su criterio de 11 de abril de 2020 DGT/SGON/850CRA, en el que sostiene que “Queda así protegido el empleo de manera excepcional en base a la misma circunstancia que determina la adopción de medidas excepcionales, de manera que nada impide que desplieguen sus efectos aquellas otras causas de extinción válidas que ninguna relación guarden con el coronavirus y el estado de alarma”.

instrumento para evitar la masiva destrucción de empleo frente a la proliferación de circunstancias impeditivas o limitativas de la producción empresarial ordinaria. En efecto, el propósito del legislador es forzar la adopción de las medidas menos traumáticas para solventar las dificultades COVID y esquivar las propias de la flexibilidad externa. Ello exige que esta limitación alcance a todos los empresarios que actúan en territorio nacional, sea cual sea su actividad y situación, y con independencia de cuál haya sido la opción por la que hayan apostado para afrontar la crisis COVID.

Pero este propósito sólo puede conseguirse respecto de las circunstancias que permiten el tránsito a un ERTE, no del resto. La primera y más evidente consecuencia de esta aseveración es que toda la normativa estructural de despido no objetivo ETOP/fuerza mayor continúa estando vigente y siendo perfectamente operativa, antes y después del vencimiento del art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020<sup>11</sup>. La segunda consecuencia es que la regla limitativa descrita no puede alcanzar tampoco a cualesquiera causas de extinción del contrato ajenas al despido decididas por el empresario, pues en principio todas las legalmente posibles resultan ajenas a la fuerza mayor y a las circunstancias ETOP. Tampoco, como es lógico, las extinciones decididas por el trabajador quedarán constreñidas por la regla limitativa. Por tanto, los contratos pueden continuar extinguiéndose por las causas pactadas en el mismo, por la dimisión del trabajador, por la muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario (siempre que conlleve el cese del negocio)<sup>12</sup> o del trabajador, pues en ninguno de estos casos podría tramitarse un ERTE como alternativa a la extinción<sup>13</sup>. Esta circunstancia resulta, sin duda, de enorme trascendencia en la temática que aquí interesa.

---

<sup>11</sup> Por tanto, puede despedirse disciplinariamente al trabajador por aplicación de las reglas ordinarias del art. 54 ET, siempre que concurra alguna de las circunstancias justificativas que la norma enumera. Lo mismo cabe decir respecto del despido objetivo por causa ajena a la pandemia (ineptitud sobrevenida, falta de adaptación a los cambios, etc.). Otra cosa es que tras la apariencia de un despido disciplinario u objetivo se escondan razones COVID, pero ello repercute en la calificación del despido y en sus consecuencias, no en la vigencia y operatividad de la causa legal. En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., *Facultades extintivas del ...*, op. cit., pág. 170-185.

<sup>12</sup> Como correctamente señala la DGT, la jubilación del empresario sólo puede salvar la regla restrictiva cuando supone el cierre o cese de la empresa. No en vano, en los casos de jubilación del empresario lo que se aplicará será la sucesión del artículo 44 ET, subrogándose el nuevo titular en la posición empleadora anterior, siendo, por tanto, condición necesaria que la jubilación traiga consigo el cierre o cese de actividad (DGT/SGON/919CRA, de 29 de abril).

<sup>13</sup> Vid. Oficios de la Dirección General de Trabajo DGT/SGON/850CRA, de 11 de abril de 2020, y DGT/SGON/919CRA, de 29 de abril.

## 2.2. La cláusula de salvaguarda del empleo

Por su parte, la cláusula de salvaguarda del empleo conlleva la asunción de las empresas que han transitado por ERTEs bonificados<sup>14</sup> (y sólo ellas) de comprometerse a mantener el empleo durante al menos seis meses tras la “reanudación de la actividad”<sup>15</sup>. El compromiso se considera incumplido si “se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes” (disposición adicional sexta.2 del Real Decreto-Ley 8/2020). La limitación extintiva de esta cláusula sólo alcanza a los trabajadores integrados en un ERTE bonificado, pero para ellos tiene, desde luego, una extensión al menos formal mucho mayor que la general COVID del art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, en tanto que opera frente a cualquier despido o extinción, no sólo los estrictamente relacionados con la pandemia. Se trata, en último término, de preservar el empleo de quienes se han visto afectados por un ERTE auxiliado, por lo que la extinción de su contrato por otras vías distintas al despido objetivo o de fuerza mayor resulta, en principio, igualmente inviable.

Ahora bien, conviene aclarar que pese a la aparente amplitud de la cláusula, no cabe entender que el contrato de un trabajador integrado en un ERTE no puede ser extinguido en el señalado intervalo de seis meses. Como se encargó de precisar el propio legislador, algunas decisiones extintivas quedan al margen de la cláusula de salvaguarda. En concreto, la propia Disposición Adicional 6ª del Real Decreto-Ley 8/2020, excluye del incumplimiento el «despido disciplinario declarado como procedente»<sup>16</sup>; la extinción del contrato “por expiración del tiempo convenido o la

---

<sup>14</sup> Hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 24/2020, de 26 de junio, este compromiso de mantenimiento del empleo únicamente afectaba a las empresas que habían tramitado un ERTE COVID por fuerza mayor, no a las que habían optado por un ERTE ETOP, ya que estos no disfrutaron de exoneraciones de cuotas hasta el 27 de junio --volviendo a quedar sin exoneraciones los negociados *ex novo* a partir del 1 de octubre, en atención a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 30/2020--.

<sup>15</sup> Obviamente, la «reanudación» que la norma referencia no se cubre simplemente con tareas de mantenimiento o preparación, sino que en buena lógica exige una puesta en marcha efectiva de la actividad. Paralelamente, debe tenerse en cuenta que a partir del 1 de octubre la configuración de los compromisos debe sujetarse a las reglas del art. 5 del Real Decreto-Ley 30/2020, que sostiene que los compromisos de mantenimiento del empleo regulados en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y en el artículo 6 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, se mantendrán vigentes en los términos previstos en dichos preceptos y por los plazos recogidos en estos. En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., *Facultades extintivas del empresario ...*, *op. cit.*, pág. 120-ss.

<sup>16</sup> La referencia legal a que el despido sea “declarado procedente” debe, por lógica, interpretarse en términos de racionalidad, pues el cumplimiento del compromiso no puede depender de que el trabajador impugne la decisión del empresario y de que el juez se

realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación”<sup>17</sup>; y la mera interrupción de la actividad en los fijos discontinuos. También, por lo que aquí interesa, la dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Por tanto, poner fin al contrato de trabajo por decisión del trabajador no supondrá incumplimiento de la cláusula de salvaguarda. Probablemente tampoco la extinción de mutuo acuerdo, salvo que el trabajador en un momento posterior la impugne, probando que prestó consentimiento de forma viciada.

### **3. Las bajas programadas y las restricciones extintivas COVID**

Tal como se acaba de ver la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador no supondrá una quiebra de ninguna de las normas restrictivas de las extinciones COVID, ni la prohibición de despido, ni la cláusula de salvaguarda. Por tanto, en principio, las bajas incentivadas por el empresario y aceptadas por el trabajador, con liquidación del contrato y de las obligaciones mutuas, caen fuera del radio de acción de estas restricciones, y han de considerarse válidas finalizaciones de las relaciones laborales. Ahora bien, estos acuerdos, con indemnizaciones iguales o superiores a 20 días de salario por año de servicio, pueden emplearse para ocultar despidos objetivos/colectivo, que sí supondrían, por tanto, un incumplimiento de la

---

pronuncie expresamente sobre ella. Si el trabajador se allana a la decisión extintiva y no la impugna no podrá ponerse en duda el cumplimiento empresarial. Si, por el contrario, se produce dicha impugnación, sólo podrá considerarse cumplido el compromiso si el juez califica la extinción de procedente. Por la misma lógica, si no se produce impugnación judicial porque el empresario acepta la improcedencia del despido, la ausencia de pronunciamiento judicial no será obstáculo para considerar igualmente incumplida la cláusula de salvaguarda, cuestión distinta es cómo averiguará la entidad pública interesada que tal incumplimiento se ha producido cuando no hay pronunciamiento judicial de ningún género. En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., *Facultades extintivas del ...*, op. cit., pág. 144.

<sup>17</sup> En primer término, la norma se modificó mediante la disposición adicional decimocuarta del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, que aclaró que la finalización lícita de los contratos temporales no suponía una infracción del compromiso empresarial. Rezaba en concreto: “En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación”. Aunque con una extraña técnica consistente en referenciar en la exposición de motivos otras causas lícitas de extinción, que luego no se llevaron a la dicción de la disposición adicional, con lo que podían emplearse como criterio interpretativo, pero no estrictamente como disposición legal vinculante. En efecto, en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, se decía: “el compromiso no se entenderá incumplido cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora”. Luego la disposición final 1. 3 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, incorporó el resto de precisiones que hoy contiene la disposición adicional, y que, en parte, suponían la conversión en norma de los criterios no vinculantes de la DGT (Oficio de la Dirección General de Trabajo DGT/SGON/863CRA, de 7 de abril de 2020).

prohibición de extinción COVID y un incumplimiento del compromiso de salvaguarda. El problema es que en la medida en que el fraude no puede presumirse las posibilidades probatorias de su realidad no resultan en modo alguno de sencilla acreditación, y el entramado de reglas procesales en las que además se incardinan las acciones judiciales puede dificultar en extremo la salida a la luz de conductas empresariales defraudatorias acordadas en connivencia con los trabajadores, que a quien terminan perjudicando es al erario público y al volumen global de empleo nacional<sup>18</sup>.

### *3.1. Las prejubilaciones como mecanismo “clásico” de reestructuraciones empresariales*

Desde luego no es ninguna novedad en nuestro sistema afrontar los cambios técnicos, organizativos o las simples dificultades económicas favoreciendo la salida de la empresa de los empleados de más edad. Este proceso de “expulsión” de los trabajadores más veteranos puede llevarse a cabo de diversas formas, que van desde la jubilación forzosa, recientemente recuperada para nuestro ordenamiento ex disposición adicional décima del ET (en los términos resultantes de la disposición final 1ª del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre)<sup>19</sup>, hasta la dimisión acordada o estimulada, pasando por los diversos planes de despidos colectivos de trabajadores próximos a la edad de jubilación en el marco de expedientes de regulación de empleo. Desde la perspectiva que interesa a esta comunicación las dudas sobre la licitud de estas medidas quedan restringidas a los dos últimos casos, dimisiones y bajas pactadas, dentro y fuera de expedientes de regulación de empleo. La jubilación forzosa de trabajadores en el marco de un convenio colectivo, por mucho que pueda

---

<sup>18</sup> Téngase en cuenta que precisamente a propósito del fraude contractual en situación de prejubilación el Tribunal Supremo tiene dicho que el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca (SSTS 16/02/93, Rec. 2655/91; 18/07/94, Rec. 137/94; 21/06/04, Rec. 3143/03; 14/03/05, Rec. 6/04), pero sí podrá acreditarse su existencia –como la de abuso del derecho– mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo entre estas últimas el art. 1253 CC las presunciones (SSTS 04/02/99, Rec. 896/98; 24/02/03, Rec. 4369/01; 21/06/04, Rec. 3143/03; 14/05/08, Rec. 884/07; 12/05/09, Rec. 2497/08, estas últimas para la contratación en prejubilaciones de Telefónica). Aunque también aclarando que como el fraude no se presume, «el trabajador no tiene que justificar las razones que le llevaron a abandonar voluntariamente su primer trabajo y no cabe presumir la existencia de fraude por el mero hecho de abandono voluntario de relación indefinida para posterior contratación en régimen de corta temporalidad» (SSTS 06/02/03, Rec. 1207/02; 21/06/04, Rec. 3143/03; 14/05/08, Rec. 884/07).

<sup>19</sup> Sobre la recuperación de la jubilación forzosa, QUINTERO LIMA, M.G., “Cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa: el nuevo movimiento pendular del Real Decreto-Ley 28/2018”, VV.AA., *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, (dir. DE LA PUEBLA PINILLA A. Y MERCADER UGUINA J. R.), Tirant lo Blanch, 2019, pág. 707-736.



traer causa en el contexto COVID queda siempre al margen de las restricciones aquí vistas<sup>20</sup>.

Por su parte, las prejubilaciones voluntarias programadas son un mecanismo habitual, que facilita la reestructuración empresarial y el saneamiento de las plantillas envejecidas, y que parece haberse convertido en la era COVID en la solución por la que apuestan algunas de nuestras grandes empresas. En principio, en tanto que el mecanismo se activa con el acuerdo entre el trabajador y el empresario pudiera entenderse al margen de las restricciones extintivas vistas, sin embargo, en función de cuáles sean los términos en los que esta programación grupal de bajas incentivadas se lleva a cabo, su licitud puede quedar en entredicho.

Probablemente convenga comenzar recordando que las coloquialmente llamadas prejubilaciones no disponen en nuestro sistema de una regulación ordenada y específica, sino que se van conformando con la combinación de los acuerdos adoptados entre los trabajadores y la empresa, o entre ésta y la representación legal o sindical de los trabajadores, y, básicamente, la regulación de Seguridad Social (desempleo y jubilación)<sup>21</sup>. No en vano, como tal la prejubilación no es una institución jurídicamente reconocible en nuestro sistema, aunque eso no ha sido nunca un obstáculo para su uso y con frecuencia abuso. Probablemente porque suelen ofrecer ventajas a ambas partes, al empresario porque le permite bajar coste salariales globales, al prescindir de la porción de la plantilla que por su antigüedad suele haber generado mayores salarios, y rejuvenecer la empresa; y a los trabajadores porque cesan en la actividad laboral de un modo menos traumático y más ventajoso económica y socialmente que el despido, en tanto que habitualmente mantienen ingresos próximos al salario hasta el acceso a la jubilación y normalmente preservan

---

<sup>20</sup> No cabe prescindir del hecho de que este tipo de imposiciones convencionales pretenden contribuir al reparto del empleo y a la renovación de plantillas, con la anuencia sindical. Por tanto, sólo conllevaría la infracción del compromiso si la decisión no se ajusta a los objetivos de política de empleo formulados en el convenio, o si se impone a quien no tiene garantizado el 100% de su pensión de jubilación. Sobre el particular, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., *Facultades extintivas del empresario ...*, op. cit., pág. 139-140.

<sup>21</sup> Como tiene dicho el Tribunal Supremo “La prejubilación es una figura que no aparece regulada en nuestro Derecho positivo, por tanto se regirá por lo pactado válidamente entre las partes. La doctrina la define como el cese prematuro y definitivo en la vida laboral del trabajador de edad avanzada antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación, mediante las correspondientes contrapartidas económicas a cargo de la empresa” (SSTS 14/12/01, Rec 1365/01; 25/06/01, Rec 3442/00).

también sus bases de cotización a efectos de lucrar en mejores condiciones su futura pensión pública de retiro<sup>22</sup>.

Sin embargo, estas fórmulas pactadas de salida prematura del mercado laboral tienen un innegable coste para el sistema público de pensiones, que es el que asume, en realidad, el grueso de su financiación, toda vez que, sin perjuicio de la aportación que a la mejora de la situación económica del trabajador pueda hacer la empresa, la unidad mínima de sustento la cubre la Seguridad Social, en la mayoría de los casos mediante las prestaciones de desempleo en los primeros años y de jubilación después. Precisamente por ello, en el contexto COVID y en particular respecto de empresas que han podido obtener sustanciales ventajas de cotización mediante el tránsito por ERTes este tipo de acuerdos debe someterse a la lupa de la legalidad. No en vano, las cláusulas de salvaguarda del empleo tienen por finalidad evitar la destrucción de empleo, que igualmente provocan este tipo de bajas. Así las cosas, cabe entender que si la empresa ha disfrutado de un ERTE bonificado en tanto no venza el compromiso no puede amortizar los puestos de los trabajadores integrados al expediente mediante el ofrecimiento de bajas programadas<sup>23</sup>. Cuestión distinta es que el ofrecimiento pueda hacerse a quienes no han pasado por el ERTE, o que incluso pueda aplazarse el tiempo necesario para cumplir el compromiso para quienes lo han hecho.

Paralelamente, hay que tener en cuenta que la concreta conjugación de prestaciones que haya de arropar la situación de cada trabajador vendrá a su vez determinada por sus condiciones personales: edad, años de cotización, etc. Por tanto, por mucho que se puedan llegar a acuerdos colectivos para el mantenimiento común de unas condiciones económicas, normalmente próximas a las que se disfrutaban durante la actividad laboral, la relación entre la Seguridad Social y el prejubilado será individual y

---

<sup>22</sup>Como advirtiera la Sala la prejubilación “constituye un instrumento, en manos de las empresas para remodelar las plantillas de sus trabajadores, desprendiéndose de aquellos que por su elevada edad, y por su largo periodo de cotización a la Seguridad Social pueden alcanzar a través del convenio especial con la Seguridad Social y con el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, una jubilación anticipada u ordinaria para la que sirve de pórtico la prejubilación que, lógicamente, se revela como una modalidad de extinción contractual y no de simple suspensión de la relación laboral” (STS 01/06/04, 01/06/04 Ar. 5040).

<sup>23</sup> No se olvide que la DGT ha negado incluso la posibilidad de que el empresario en estos casos acceda a la jubilación y por ello ponga fin a los contratos, precisamente porque si conocía que iba a jubilarse próximamente acceder igualmente a un ERTE puede resultar un fraude. Vid. Oficio de la Dirección General de Trabajo DGT/SGON/919CRA, de 29 de abril.

específica, y, por lo que aquí interesa, podrá condicionar la validez de estos acuerdos en el contexto COVID<sup>24</sup>.

### 3.2. *Las prejubilaciones pactadas al margen del ERE*

Como se acaba de adelantar, la crisis económica, técnica y productiva que ha provocado el COVID parece haber llevado a algunas empresas a programar la retirada voluntaria de colectivos de trabajadores. En primer lugar, estos planes de prejubilaciones programadas pactadas pueden viabilizarse mediante la suscripción de un acuerdo entre la empresa y los trabajadores interesados, por el que la primera se compromete a asumir una serie de obligaciones para facilitar el tránsito del trabajador hacia la jubilación en las mejores condiciones posibles<sup>25</sup>. En un contexto ordinario esta posibilidad bien puede gestarse mediante dimisiones o despidos objetivos por causa ETOP, de concurrir éstas, en función de la situación en la que se coloque cada trabajador desde la perspectiva de la Seguridad Social. Así, si se trata de trabajadores mutualistas en condiciones y deseo de acceder a la jubilación voluntaria anticipada, la dimisión del trabajador puede permitirle lucrar sin mayor dificultad una pensión de jubilación anticipada que el empresario puede, de acordarlo así, mejorar económicamente en los términos que pacten las partes, a fin de compensar la considerable pérdida crematística que supone el paso a la jubilación antes de la edad ordinaria<sup>26</sup>. En estos casos, como el paso se hace desde la actividad productiva a la pensión de jubilación, sin tiempos de espera, ni circulación previa por prestaciones de desempleo, parece que la empresa, sea cual sea la causa que esté detrás de la oferta, podría asumir con libertad estos compromisos sin poner en jaque ni la prohibición de

---

<sup>24</sup> Se ha propuesto como definición de la prejubilación "Situación de hecho y de derecho en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación" (LÓPEZ CUMBRE L., *La Prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998).

<sup>25</sup> En tanto que la causa de cese será el acuerdo individual o plural, en principio la empresa goza de libertad para asumir este abanico de ventajas para el empleado. En algunos casos se garantiza al trabajador prejubilado una "Renta Irregular Diferida" en el tiempo, abonándose mensualmente el 100% de esa renta al prejubilado si no percibe prestaciones públicas, o bien, si percibiese el desempleo, su "complemento indemnizatorio bruto" por la diferencia (STS 13/11/13, Rec. 2684/12).

<sup>26</sup> Véase la disposición transitoria cuarta.1 2ª LGSS (Quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los sesenta años. En tal caso, la cuantía de la pensión se reducirá en un 8 por ciento por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad de 65 años)

despido ni las cláusulas de salvaguarda<sup>27</sup>. No obstante, por una mera cuestión matemática ésta es una vía muerta, pues quienes eran ya mutualistas a fecha 1 de enero de 1967, en aplicación de las reglas de edad mínima laboral, en el año 2021 han superado ya, en muchos casos con creces, la edad ordinaria de jubilación, con lo que difícilmente pueden situarse en la situación descrita.

Así las cosas, las prejubilaciones programadas al margen de EREs solo pueden alcanzar a día de hoy a quienes no tienen la condición de mutualistas. Para éstos el acceso a la jubilación anticipada admite, como se sabe, dos vías diversas: por extinción contractual ajena a su voluntad, y por causa imputable al trabajador. Y es en este punto en el que se produce la dificultad de gestión práctica que a esta comunicación interesa. No en vano, desde la perspectiva de la situación en la que queda el trabajador no cabe prescindir del hecho de que la jubilación anticipada se antoja en nuestro sistema como un acceso penalizado a la pensión de jubilación, sujeto a estrictos requisitos y sancionado con una considerable rebaja del importe de la pensión. En 2021, para que un trabajador pueda acceder a la pensión de jubilación anticipada por cese de la actividad por causa imputable a él habrá de tener 63 años si tiene 37 años y 3 meses o más cotizados o 64 años en caso de no cubrir este periodo mínimo de cotización<sup>28</sup>, y siempre que tengan cotizados, al menos, 35 años<sup>29</sup>. Además, la pensión resultante habrá de superar la mínima, a efectos de evitar que el erario público haya de cubrir los ingresos del trabajador hasta dicho umbral legal (art. 208 LGSS).

Por tanto, esta vía de salida de trabajadores de forma voluntaria, mediante la suscripción de un acuerdo de finalización voluntaria en el empleo con paso a la jubilación anticipada tiene un recorrido, desde el prisma del volumen de empleados

---

<sup>27</sup> Es cierto que de algún modo pueden estarse defraudando el espíritu de ambas, pero en la medida en que no cabe presumir el fraude, y en estos casos es el trabajador quien voluntariamente acepta transitar hacia la jubilación anticipada, jurídicamente resulta muy complejo articular un modo de reconducir estas decisiones a las reglas restrictivas de la extinción COVID.

<sup>28</sup> Téngase en cuenta que a estos efectos no resultan de aplicación las bonificaciones de edad, de las que puedan beneficiarse los trabajadores de algunos sectores profesionales por la realización de actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres y las personas con discapacidad igual o superior al 45% o al 65%.

<sup>29</sup> Computan como cotizados a este fin los tiempos de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año en el caso de los varones. Y hay que entender que tras la STS 06/02/20, Rec. 3801/2017, también será situación cotizada el periodo de prestación de la sección femenina, en tanto que equiparable a la prestación militar masculina.

que pueden situarse en tal situación, francamente limitado, y difícilmente puede presentarse como una solución global de superación de la crisis para las empresas. De todas formas, para los concretos supuestos en los que pudiera tener utilidad, pensemos por ejemplo en pequeñas empresas, con pocos trabajadores, en las que puedan representar un porcentaje relevante los de mayor edad, y en las que su cese pueda mejorar la situación económica la comercial hacia el futuro, las bajas voluntariamente aceptadas por los trabajadores pueden resultar interesantes y conciliables, al menos formalmente, con las restricciones COVID, salvo que por la situación de la comercial se entienda que el paso por el ERTE bonificado se ha llevado a cabo con un ánimo claramente defraudatorio (con las dificultades probatorias que ello tiene). Eso sí, siempre resultará imprescindible que el trabajador acceda voluntariamente a la extinción, mediante la firma del cese voluntario y el finiquito<sup>30</sup>, de forma libre y absolutamente voluntaria, sin presión de ningún género que pueda viciar su voluntad, y sin que, lógicamente, impugne después el cese por esta vía, pues en tal caso podríamos situarnos ante la calificación como despido de la extinción, con la consiguiente transgresión de la prohibición de despido COVID y en su caso de las cláusulas de salvaguarda<sup>31</sup>.

Es cierto que el radio de acción de trabajadores prescindibles por esta vía puede ampliarse ligeramente por el juego del art. 207 LGSS, que permite a quienes están a menos de cuatro años de la edad de jubilación acceder a la jubilación anticipada. Esto arroja una edad de 61 años si se tienen 37 años y 3 tres meses o más de cotización, y 62 años en caso contrario. Pero en este caso concreto, la solución tampoco resulta muy factible, pues además de la edad y los tiempos mínimos de cotización<sup>32</sup>, la norma

---

<sup>30</sup> Para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario (por todas, SSTS 14/06/11, Rec. 3298/10; 12/06/12, Rec. 3554/11; 13/05/13, Rec. 1956/12; 02/12/13, Rec. 34/13; 03/12/14, Rec. 2253/13; 22/12/14, Rec. 2915/13; 15/05/17, Rec. 1495/15; 14/12/17, Rec. 2418/15). E incluso en estos casos, el finiquito no tiene un valor sacramental (por todas, SSTS 13/05/08, Rec. 1157/07; 11/06/08, Rec. 1954/07; 21/07/09, Rec. 1067/08; 28/11/11, Rec. 107/11; 12/03/12, Rec. 2462/11; 13/05/13, Rec. 1956/12; 02/12/13, Rec. 34/13; 03/12/14, Rec. 2253/13; 22/12/14, Rec. 2915/13; 15/05/17, Rec. 1495/15).

<sup>31</sup> Para dar validez a las dimisiones la jurisprudencia viene exigiendo que se trate de una decisión clara e inequívoca del empleado, ya se formule de forma expresa, ya resulte de los hechos concurrentes (tácita). (SSTS 21/11/00, Rec. 3462/99; 29/03/01, Rec. 2093/00; 27/06/01, Rec. 2071/00; 15/11/02, Rec. 1252/02; 17/05/05, Rec. 2219/04; 19/10/06, Rec. 3491/05; 07/10/09, Rec. 2964/08, esta última en *obiter dicta*). Si es tácita se exige que resulte de hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance (STS 10/12/90 Ar. 9762), porque demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, resultando determinante ese elemento intencional (STS 03/06/88 Ar. 5212).

<sup>32</sup> Para el régimen general ordinario el art. 207 LGSS exige acreditar un período mínimo de cotización efectiva de: 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte

exige que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una *situación de reestructuración empresarial* que impida la continuidad de la relación laboral<sup>33</sup>. Huelga señalar que esta exigencia previa de ruptura de la relación laboral por despido objetivo o colectivo, por fuerza mayor o por incursión en causas concursales, puede, en el contexto vigente, colisionar frontalmente con la prohibición de despido COVID y con las cláusulas de salvaguarda del empleo si se trata de trabajadores que fueron integrados en su día en un ERTE bonificado.

Por tanto, al menos hasta el 31 de mayo, por tanto, esta vía de acceso a la jubilación anticipada parece reducida a su mínima expresión, pues mientras continúe vigente la prohibición de despido COVID no cabrá sustentar en causas directamente relacionadas con la pandemia los despidos que puedan abrir las puertas a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador<sup>34</sup>. Salvo, como se propone en el apartado siguiente, que se apueste por una reconsideración de la relación de causalidad con la COVID. Es cierto que la connivencia del trabajador puede resultar clave en este punto, pues si se pactan como despidos improcedentes, como venía siendo relativamente frecuente en la normalidad anterior, aunque contravendrían claramente las dos reglas limitativas, en tanto que su calificación judicial exigiría acción judicial del trabajador, probablemente inexistente por el pacto con la parte

---

proporcional por pagas extraordinarias ni el abono de años y días de cotización por cotizaciones anteriores a 1-1-67. Del período de cotización, al menos 2 años deberán estar comprendidos dentro de los 15 inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho o al momento en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión de jubilación anticipada desde una situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar.

<sup>33</sup> A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes: el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET); el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del ET; la extinción del contrato por resolución judicial, conforme a la normativa concursal; la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del ET, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante; la extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del ET.

<sup>34</sup> Téngase en cuenta que la jubilación anticipada a los 60 años por quien estuvo afiliado a Mutualidad Laboral, tras acuerdo colectivo, no goza de la presunción legal de involuntariedad que atribuye la LGSS a la prejubilación a cargo de la empresa (SSTS 23/05/06, Rec. 1043/05, para «Telefónica de España, SA»; 29/05/07, Rec. 1291/06; 06/06/07, Rec. 3040/06, para trabajador del BBVA; 20/07/07, Rec. 4900/06; 24/07/07, Rec. 3044/06, para Telefónica; 20/09/07, Rec. 3520/06, para Telefónica; 25/09/07, Rec. 991/06, para Banesto; 27/09/07, Rec. 2742/06; 02/10/07, Rec. 4972/06, para Telefónica; 02/10/07, Rec. 4879/06, para Telefónica; 23/10/07, Rec. 1026/07; 23/10/07, Rec. 3052/06, para el BBVA; 31/10/07, Rec. 87/07, para Telefónica; 02/11/07, Rec. 735/07, para Telefónica; 06/11/07, Rec. 3100/06, para Telefónica; 15/11/07, Rec. 1101/07, para Telefónica; 19/11/07, Rec. 4487/06; 23/10/07, Rec. 3052/06; 20/11/07, Rec. 491/07; 27/11/07, Rec. 1000/07; 28/11/07, Rec. 4838/06; 15/01/08, Rec. 80/07; 21/02/08, Rec. 3898/06, para Telefónica).

empresarial, el fraude quedaría oculto<sup>35</sup>. Aunque quizás no esté de más recordar que, en términos generales, precisamente para evitar el uso fraudulento de estos instrumentos, la norma exige que tanto para el despido individual como para el colectivo ETOP el trabajador acredite, mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente, haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva, y precisamente esta acreditación puede poner a la autoridad pública sobre la pista del fraude, y permitirle, en su caso, accionar contra él<sup>36</sup>.

### *3.3. Prejubilaciones programadas en el marco de EREs. Exclusiva opción de la acreditación de causa autónoma respecto de la pandemia*

Como todo el mundo sabe, las negociaciones para la tramitación de un ERE además de llevarse a cabo en términos de buena fe, deben procurar siempre evitar la destrucción del mayor número posible de empleos<sup>37</sup>. Con esta loable finalidad, las prejubilaciones han venido jugando tradicionalmente en nuestro país un papel

---

<sup>35</sup> En alguna ocasión se ha discutido por ejemplo la posible incurrancia en fraude cuando el trabajador cesa voluntariamente en el marco de una prejubilación y luego es contratado por un breve periodo de tiempo para situarse a través de ese contrato en un cese involuntario. En sentido la Sala tiene dicho que ha de ser considerada eficaz a los efectos de determinar la BR de la pensión de Jubilación, la contratación temporal realizada por prejubilado voluntario de «Telefónica, S.A.», del que no consta que previamente hubiese rechazado oferta alguna de empleo y del que no consta indicio de querer burlar los efectos de un previo cese voluntario (STS 14/05/08, Rec. 884/07). Añadiendo que «... el prejubilado está, como regla general, en condiciones para trabajar, -- sin perjuicio de la incidencia que pueda tener tal actividad posterior, por cuenta propia o ajena, en el pacto de prejubilación o en el convenio especial que pudiera haber suscrito con la TGSS --, por lo que le es plenamente aplicable al prejubilado en una empresa la norma constitucional en la que se proclama que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo» [art. 35.1 CE] [...]El mero hecho de trabajar tras el cese en una empresa por prejubilación y con anterioridad a pretender acceder a la situación de jubilación, no puede comportar por sí sola la existencia de fraude de ley, se acoja un criterio objetivo, subjetivo o mixto en su definición. Para otra conclusión debe en el relato de hechos «“hecho admitido o probado” que pueda configurarse como esencial a los fines de establecer “un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” entre el hecho o hechos “admitido o demostrado y el presunto”, por lo que faltando tales datos fácticos no puede aceptarse ... la calificación de la conducta del prejubilado como fraudulenta» (STS 12/05/09, Rec. 2497/08).

<sup>36</sup> Aunque una de las causas para el inicio del procedimiento de oficio es la apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, en los acuerdos de ERTEs y EREs y en este caso no habría expediente (art. 148.b LRJS), si se tiene en cuenta, sobre todo en el caso del paso previo por un ERTE bonificado, el alcance de un potencial fraude quizá cabría una interpretación de la posibilidad legal acorde con la persecución del fraude COVID.

<sup>37</sup> CAMBEIRO RELOVA L., “Prejubilación en ERE”, en VV.AA., *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, CABEZA PEREIRO J. (dir.), BALLESTER PASTOR M.A (dir.), FERNÁNDEZ PRIETO M. (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pág. 173-182.

relevante en las negociaciones de los expedientes de regulación de empleo<sup>38</sup>, especialmente porque evitan una parte importante del conflicto que rodea siempre a un ERE, y sitúan a los trabajadores afectados en una posición económica, cuando menos, no excesivamente incómoda<sup>39</sup>. Así, bancos, farmacéuticas, compañías de telefonía, RTVE, etc. han acudido en tiempos recientes a estos mecanismos como complemento a intensos procesos de aligeración de plantillas, especialmente tras la crisis económica de 2008, habiendo admitido expresamente la jurisprudencia (social y contenciosa) que estas bajas por prejubilación pactadas en un ERE no son ceses voluntarios<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Nótese, por ejemplo, que todas las jubilaciones anticipadas causadas entre el 1 de enero de 2004 y la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de Medidas de reforma en materia de seguridad social, ya sean las anticipadas con 61 años como las anticipadas con condición de mutualista, motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expediente de regulación de empleo, tuvieron carácter involuntario (disposición final tercera de esta norma). Se ha entendido extensible esta regla a la jubilación anticipada obligatoria por decisión de la empresa autorizada por convenio colectivo [Convenio Colectivo del Banco Exterior de España] (SSTS 05/05/10, Rec. 3695/09; 22/06/10, Rec. 3509/09; 30/06/10, Rec. 3504/09; 04/10/10, Rec. 406/10; 04/11/10, Rec. 1108/10; 18/07/11, Rec. 4265/10; 30/04/12, Rec. 2905/11). Pero no cuando la prejubilación se produjo por petición expresa del trabajador (SSTS 05/07/12, Rec. 2407/11). Sobre la consideración de involuntaria de la jubilación anticipada que tiene origen en ERE en diversas comerciales: -para Nurel S.A., STS 14/04/10, Rec. 790/09; y -para «Roberto Bosch España S.A.», SSTS 24/10/06, Rec. 4453/04; 25/10/06, Rec. 2318/05; 28/11/06, Rec. 3258/05; 17/01/07, Rec. 4534/05; 17/04/07, Rec. 1217/06; 17/04/07, Rec. 5490/05; 23/05/07, Rec. 4900/05; 21/06/07, Rec. 119/06. La modalidad introducida por la ley 40/2007, además, no solamente alcanza a quienes accedan a la prejubilación con posterioridad a la entrada en vigor de aquella norma, sino también a quienes se hubiesen prejubilado antes pero se jubilen después de la referida vigencia, sin que constituya fraude de ley que con posterioridad a la ley y años antes de jubilarse se nove el contrato de prejubilación para conseguir derecho a la nueva modalidad (SSTS 18/03/14, Rec. 1687/13; 19/03/14, Rec. 1302/13; 19/03/14, Rec. 1460/13; 19/03/14, Rec. 1679/13; 20/03/14, Rec. 1318/13; 07/04/14, Rec. 2381/13; 16/04/14, Rec. 2271/13; 16/06/14, Rec. 2499/13; 07/07/14, Rec. 2342/13; 14/10/14, Rec. 2582/13; 14/10/14, Rec. 3146/13; 11/11/14, Rec. 2838/13; 22/06/15, Rec. 1341/14; 10/12/15, Rec. 3188/13).

<sup>39</sup> Hasta la fecha esas bajas suponían el acceso de los trabajadores en cuestión a las ayudas de desempleo para mayores de 52 años, y con frecuencia el mantenimiento en esta situación (interesante para el trabajador por el complemento económico a cargo de la empresa), hasta la edad de jubilación mediante la asunción por la empresa de los costes del convenio especial con la Seguridad Social. La empresa suele colaborar en la formalización de un Convenio Especial del prejubilado con la Seguridad Social para ayudar a mantener sus cotizaciones con el fin de acceder a una pensión por jubilación adecuada a los salarios percibidos hasta el momento. Como ha señalado la jurisprudencia, la prestación en estos casos también un significado de prejubilación, puesto que permite a quien pierde su trabajo a una edad avanzada y no encuentra un nuevo empleo, recibir una protección básica y de niveles reducidos pero que le garantiza la cobertura de período de tiempo que le falte hasta alcanzar la edad en que le pueda ser reconocida la pertinente pensión de jubilación (SSTS 08/10/91, Rec. 515/91; 18/11/91, Rec. 816/91; 17/07/91, Rec. 2191/91; 29/12/92, Rec. 1567/91; 15/12/92, Rec. 2814/91; 23/06/93, Rec. 1711/92; 23/12/94, Rec. 1732/94; 12/12/00, Rec. 991/99; 23/05/03, Rec. 2014/02; 13/05/08, Rec. 901/07). En tal sentido se manifiesta, LÓPEZ CUMBRE L. *La Prejubilación*, Civitas, Madrid, 1996, Cap.2.

<sup>40</sup> En efecto, también la Sala Contencioso-administrativa del TS ha entendido que en estos casos, la extinción no debe considerarse voluntaria (por todas, SSTS 19/12/17, Rec. 3052/15, 21/12/17, Recs. 3051/15 y 3058/15, 3/01/18, Rec. 3055/18, 15/01/18, Rec. 3054/15), 12/03/18,



No obstante, a día de hoy esta opción, prescindiendo ya de lo que deba decirse respecto de un posible incumplimiento de las cláusulas de salvaguarda del empleo si los trabajadores afectados habían sido integrados en un ERTE auxiliado, puede colisionar frontalmente con la prohibición de despido COVID si la causa alegada guarda relación con la pandemia<sup>41</sup>. Es cierto que los procesos de negociación de los expedientes son largos y pudiera suceder que las extinciones no se materializasen hasta vencida la prohibición de despido, pero resulta una estrategia arriesgada en todo caso, pues es difícil saber a ciencia cierta si será objeto de nueva prórroga superado el 31 de mayo. Es, por tanto, obligado preguntarse si ¿puede a día de hoy una empresa, siquiera, iniciar un expediente de regulación de empleo por causa COVID e incluir en él las bajas incentivadas?

En la coyuntura vigente la mayoría de los procesos de amortización de puestos de trabajo traerán causa en circunstancias ETOP relacionadas con la OVID y en este punto conviene recordar que el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020 impide que se proceda a la extinción de contratos cuando las causas justificativas permitan el tránsito por un ERTE tanto de fuerza mayor como ETOP. Por tanto, no resulta posible iniciar un expediente extintivo con base en una causa económica, técnica, organizativa o de producción que pudiera solventarse acudiendo a un expediente temporal. Ahora bien, también señalamos al comienzo de esta comunicación que este obligado desvió por

---

Rec. 3060/15, 19/03/18, Recs. 3061/15, 3062/15 y 3064/15, 22/03/18, Recs. 3065/15, 3066/15, 3075/15 y 3101/15, 5/04/18, Recs. 3102/15, 3103/15 y 3104/15, 26/04/18, Rec. 1299/16, 29/05/18, Rec.s 2319/16 y 2395/16, 5/06/18, Rec. 1483/16, 18/7/18 Rec 453/17 y 16/10/19 Rec 2064/17), manteniendo a tal fin que «no se puede considerar que la extinción de sus contratos sea por la libre voluntad del trabajador o el mutuo acuerdo de las partes, sino que en todo caso, los trabajadores tuvieron que elegir entre una u otra medida, dado que el expediente de regulación de empleo fue presentado por la parte empresarial, fundamentado en las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas establecidas en el art. 51 del ET -ajenas a la voluntad de los trabajadores- donde ya se había establecido unos excedentes de plantilla. Así pues, a nuestro entender, ha de considerarse que los ceses de la empresa deben tener el carácter de involuntarios, y realizados de conformidad con lo establecido en el art. 51 del ET y su normativa de desarrollo, con todas las consecuencia y efectos que tales extinciones producen en orden al reconocimiento de posibles prestaciones». En las citadas sentencias se hace hincapié en que la opción del trabajador por la prejubilación se produjo en el marco de la extinción de los contratos autorizada en el ERE. Esta doctrina se recuerda también en la STS, Sala Social, 23/02/21, Rec 3647/18. Este criterio es también compartido por la propia DGT, que en su informe de 11/02/14, ratificaba el carácter involuntario de estas extinciones contractuales.

<sup>41</sup> Prescindiendo ya de las dudas de discriminación por razón de edad que pueden acompañar a este tipo de medidas. Aunque es cierto que su carácter teóricamente voluntario puede nublar el juicio de discriminación. En este sentido, NOGUEIRA GUASTAVINO M., “Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad”, en VV.AA., *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, coord. Por LÓPEZ CUMBRE L., 2007, lustel, Madrid, 2007, pág. 1444.

los ERTEs sólo podía imponerse cuando la situación en cuestión permitía el acceso a uno de estos expedientes temporales, no en el resto de casos. Y es evidente que el paso de los meses ha ido proporcionando autonomía respecto de la pandemia a las causas ETOP, resultando posible entender que si la dificultad en cuestión ha devenido definitiva queda nuevamente habilitado el régimen extintivo ordinario, aunque sólo sea porque no resulta viable ya solventar la situación por la vía de un ERTE.

No en vano, la norma mantiene que "... fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RD-L 8/2020, de 17 de marzo ...". Esta literalidad ratifica la idea de que la deshabilitación de las señaladas causas de despido sólo afecta a las dificultades (temporales) que pueden derivar en un ERTE, precisamente porque la voluntad del legislador es desviar ese tipo de apuros empresariales a mecanismos de flexibilidad interna en lugar de la externa propia de los despidos. Pero si la dificultad en cuestión, por su naturaleza, puede considerarse en un momento dado permanente o definitiva, el tránsito por el ERTE no resultará legalmente factible, debiendo por ello permitirse al empresario proceder a un despido colectivo o a los despidos objetivos individuales necesarios, sin entender comprometida la regla del art. 2 del RD-L 9/2020<sup>42</sup>. Piénsese en situaciones económicas negativas cronificadas durante meses, en dificultades técnicas derivadas de cambios definitivos en los sistemas productivos, de la supresión permanente de líneas de producción, de la pérdida definitiva de contratos o clientes relevantes, etc. Tales realidades no pueden resolverse mediante mecanismos temporales de suspensión de actividad o de reducciones de jornada, y por tanto no queda otra opción empresarial que las extinciones definitivas oportunas. No en vano, la propia administración laboral ha insistido en que los ERTEs COVID están pensados para necesidades *necesariamente coyunturales y reversibles*<sup>43</sup>. Además, la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo no considera ajustado de derecho tramitar un ERTE

---

<sup>42</sup> La originaria configuración de la prohibición de despido COVID se llevó a cabo en un contexto absolutamente excepcional, de emergencia. De hecho, fuera de esta coyuntura de urgencia una prohibición de ese calado resultaría un flagrante atentado contra la libertad de empresa del art. 38 CE, incompatible por entero con nuestros principios esenciales, y de paso con las libertades fundamentales en las que se asienta la Unión Europea, principalmente las de prestación de servicios y establecimiento. Véase SJ Social, nº 1 de Barcelona, 15/12/20, Proc. 581/2020, que admite el despido justificado en que la Covid supuso la pérdida del cliente principal de la empresa provocando una drástica bajada de ingresos.

<sup>43</sup> La DGT/SGON/919CRA, de 29 de abril, advierte que "las medidas de suspensión o reducción de jornada basada en la fuerza mayor temporal, tal como la descrita en el artículo 22.1 del RD-L 8/2020 y artículo 47 ET, *son necesariamente coyunturales y reversibles*". También la STS 09/09/20, Rec. 13/18.

en caso de empresas inviables económicamente, pues ello supone defraudar la finalidad misma de estos mecanismos temporales<sup>44</sup>.

Es probable que en esta tesitura se encuentren las empresas que han decidido apostar por iniciar procesos de negociación de expedientes de regulación de empleo, anunciados durante estos meses. No en vano, por ejemplo, empresas como El Corte Inglés han tenido que afrontar considerables pérdidas en parte relevantes de sus procesos productivos, como puede ser la dedicada a las agencias de viajes, además de mermas económicas causadas por el cierre continuado de las grandes superficies en algunos territorios. Paralelamente, buena parte de su proceso de venta al público ha pasado a distribución online, haciendo con ello innecesario un número significativo de trabajadores de atención directa al público. Algo similar ha acontecido con otras comerciales, como Inditex, que han perdido una parte sustancial de su clientela presencial a favor de la online. También muchas sucursales bancarias se han visto afectadas por las restricciones de presencialidad, haciendo económicamente aconsejable la aligeración de las plantilla de algunas de ellas.

En estas concretas coyunturas parece razonable permitir al empresario iniciar procesos de despidos colectivos, adquiriendo especial interés en tal contexto la opción de las prejubilaciones pactadas. Particularmente si se obtiene un acuerdo con la representación de los trabajadores, pues en tal caso la legitimidad de las medidas quedará fuera de discusión y con ello también, probablemente, la entrada o no de la “prohibición de despedir” COVID (sin perjuicio de la posibilidad legal de que la autoridad laboral accione judicialmente si aprecia fraude). Además, la entrada en estos casos de la legislación extintiva ordinaria permitirá el juego de las reglas precedentes de protección social de los trabajadores.

#### **4. A modo de recapitulación**

Hemos podido comprobar a lo largo de esta comunicación que aunque algunas de las empresas más importantes de nuestro país han hecho públicos, y así lo ha recogido la prensa, su propósito de ofrecer a una parte importante de sus trabajadores la posibilidad de prejubilarse voluntariamente, la legalidad de este tipo de propuestas no siempre es pacífica, en tanto que pueden constituir fraudulentos intentos de esquivar

---

<sup>44</sup> STS 09/09/20, Rec. 13/18, ha declarado nulo un ERTE en empresa económicamente inviable, aunque no referido a causa COVID.

las prohibiciones extintivas COVID (la prohibición general y la cláusula de salvaguarda). Es cierto, como también se ha visto, que la connivencia de los trabajadores y sus representantes, no accionando judicialmente, puede dificultar el proceso de descubrimiento del fraude, pero no lo es menos que, sobre todo en estos casos de abierta y pública oferta del plan de bajas incentivadas, siempre queda la opción de la impugnación de oficio del acuerdo sindical del ERE. Especialmente cuando lo que está en juego es una posible infracción de la cláusula de salvaguarda que, como se sabe, conlleva la devolución de todas las cotizaciones ahorradas en ERTEs.

En todo caso, conviene recordar que la legalidad o no de las prejubilaciones en cuestión dependerán de los términos en los que se lleven a cabo, especialmente cuando se pretende obtener la consideración de la extinción como no voluntaria, toda vez que ésta ha de venir precedida de una decisión extintiva de reestructuración empresarial que, a día de hoy, colisiona frontalmente con la “prohibición de despido COVID”. Por lo que el único contexto en el que parece aceptable incardinar un plan de prejubilaciones es en el marco de un ERE fundamentado en causa autónoma a la COVID o en dificultad ETOP cronificada, en tanto que en estos casos no resulta legalmente ni posible, ni imponible acudir a un ERTE para solventar la dificultad<sup>45</sup>.

Obviamente, habrá que esperar a ver cómo entiende la doctrina judicial que debe equilibrarse el derecho empresarial a hacer viable el negocio con las limitaciones legales específicas de la pandemia. Lo que, resulta fácilmente imaginable, hará de los próximos meses un campo de minas judiciales.

---

<sup>45</sup> MOLINA NAVARRETE C., “Del (dulce) sueño de los ERTEs al (abrupto) despertar del concurso”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 455, 2021, págs. 167-209, que ofrece un estudio de esta realidad desde la perspectiva de la regulación del concurso.