

A XUBILACIÓN FLEXIBLE

Emilio Fernández de Mata

Maxistrado-xuíz con destino no Xulgado do Social nº 1
dos de Santiago de Compostela

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENSIÓN DE XUBILACIÓN
- II. A XUBILACIÓN FLEXIBLE
- III. NOVA XUBILACIÓN ANTICIPADA
- IV. AS PREXUBILACIÓN E O SUBSIDIO POR DESEMPLEO
- V. PUNTOS PARA A REFLEXIÓN SOBRE DIVERSOS TEMAS

As cada vez máis numerosas e recentes modificacións na regulación da tradicional continxencia de velez, obrigan a realizar unha análise das mesmas, en relación cos antecedentes históricos, a fin de observa-lo vertixinoso cambio, que, probablemente, acabe conducindo á desaparición da pensión de xubilación tal e como ata hai relativamente poucos anos as contemplabamos, tanto en canto á súa finalidade, coma en canto ós seus requisitos de acceso, a súa configuración, a súa contía, etc..

Por iso, sen ánimo de ser exhaustivo na materia, permítome facer unha pequena composición de lugar sobre a historia e as máis recentes modificacións legais da pensión da xubilación e materias conexas, que permitan chegar a reflexións máis profundas e documentadas, sobre todo na realidade práctica diaria do mundo dos diversos operadores xurídicos.

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENSIÓN DE XUBILACIÓN

O sistema lexislativo español empezou a protexer a principios do século XX o risco de vellez, como situación protexible derivada do desgaste humano e a perda de capacidade para o traballo, derivada da idade, sempre de traballadores por conta allea e da Industria e o Comercio - os que hoxe denominaríamos xenéricamente traballadores encadrados dentro do Réxime Xeral da Seguridade Social, con varias excepcións -, mediante un seguro social voluntario, a xestión do cal encomendaba a Lei de 27.02.08 ó Instituto Nacional de Previsión.

Posteriormente, o sistema pasou a ser obrigatorio, mediante o denominado Retiro Obreiro, regulado polo Decreto de 11.03.19, sendo transformado en Subsidio de Vellez, mediante Lei de 01.09.39; en Seguro de Vellez e Invalidez - SOVI -, mediante Decreto de 18.04.47; engadíndose unhas prestacións por Morte e Supervivencia, mediante Decreto -Lei de 02.11.55. Finalmente e en unión do Seguro Obrigatorio de Enfermidade - SOE - e as Prestacións Familiares, a súa denominación cambiou a Seguros Sociais Unificados - SSU -.

Paralelamente e coincidindo cos últimos momentos do desenvolvemento do anterior sistema, sobre todo a partir de 1946, creouse un réxime obrigatorio de prestacións de tipo profesional, compatibles coas do réxime xeral e complementarias daquelas, por polas de produción - configuradas sobre a base das diversas polas de actividade do "Sindicato Vertical" do Réxime Franquista Confederación Nacional de Sindicatos (CNS) - a través das denominadas Mutualidades Laborais, con prestacións complementarias - moitas veces diferentes entre si, en canto á súa contía - regulado, de forma compendialda, no Regulamento do Mutualismo Laboral de 1956.

Por fin a Lei de Seguridade Social de 1966 unificou as prestacións obrigatorias básicas e as complementarias, igualando a contía destas últimas o Decreto 1.562/1967 de 06.07 e establecéndose no artigo 153 da Lei de Seguridade Social que a prestación económica por causa de xubilación fora única para cada beneficiario.

Pola súa parte, os que no seu día foron Réximes Especiais - parte dos cales hoxe subsisten - tiveron a súa orixe en diversos Montepíos e Mutualidades, inicialmente de natureza privada, logo tutelada e posteriormente pública e ós que tamén deu rasgos xerais a Lei de Seguridade Social de 1966, definíndoos e sendo desenvolva-las súas particularidades por multitude de normativa específica, contemplando entre as súas prestacións as derivadas de vellez.

Este esquema básico de regulación, perfeccionado pola Lei 24/1972, de 21.06, de Financiación e Perfeccionamiento da Acción Protectora do Réxime Xeral da Seguridade Social, desembocou no Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, aprobado por Decreto 2.065/1974, de 30.05 e as súas modificacións posteriores derivaron no Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, aprobado por Real Decreto Lexislativo 1/1994, de 20.06, que é o hoxe vixente, con multitude de modificacións sobre o texto inicial.

En materia de xubilación contributiva, tiveron especial incidencia:

1º a Orde de 18.01.67, aínda hoxe vixente e de tremenda importancia, no seu día, en materia de dereito transitorio; ata hai pouco tempo, en materia de xubilación anticipada e hoxe en canto á aplicación das denominadas "táboas de idade", substitutivas de cotizacións efectivas, contidas na Disposición Transitoria Segunda.

2º A Lei 26/1985 de 31.07 - xa derogada -, de Medidas Urxentes para a Racionalización da Estructura e da Acción Protectora da Seguridade Social, sobre todo por canto modificou o sistema de cómputo dos períodos de cotización ou carencia para acceder á prestación de xubilación e a forma de calcula-la base reguladora.

3º A Lei 24/1997 de 15.07, de Consolidación e Racionalización do Sistema de Seguridade Social, que procedeu a inicia-lo desenvolvemento dos denominados Pactos de Toledo, instaurando un fondo de reserva para pago de pensións e que modificou novamente os períodos de carencia para acceder á prestación de xubilación e o sistema de cálculo da base reguladora, así coma as porcentaxes de pensión, en función dos anos cotizados e as porcentaxes de redución de pensión en función da idade e período cotizado, en supostos de xubilación anticipada.

4º A Lei 47/1998 de 23.12, que dicta regras para o recoñecemento da xubilación anticipada do sistema da Seguridade Social en determinados casos especiais, posibilitando, o acceso á xubilación anticipada, en virtude de cómputo recíproco de cotizacións, cando o Réxime da Seguridade Social polo que se debiera recoñece-la prestación non tivera contemplada dita posibilidade.

5º A Lei 24/2001 de 27.12, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Orden Social, que permitiu ós traballadores que reuniran os requisitos para acceder á xubilación ordinaria ós 65 anos, o acceso a a xubilación parcial sen necesidade de celebración simultánea dun contrato de relevo.

6º O Real Decreto Lei 16/2001 de 27.12, de medidas para o establecemento dun sistema de xubilación gradual e flexible, do cal a tramitación parlamentaria ordinaria desembocou na actual Lei 35/2002 de 12.07, coa mesma finalidade.

Este período histórico caracterizouse, inicialmente, por un sistema xeral de acceso á xubilación non antes dos 65 anos, voluntario nas prestacións obrigatorias básicas, e con diversas e variadas excepcións no sistema obrigatorio complementario do Mutualismo Laboral, permitindo xubilacións anticipadas a diversas idades e, ás veces, en función do sexo.

Posteriormente á Lei de Seguridade Social de 1966, por un sistema básico de prestacións non antes dos 65 anos, voluntario, con excepcións: 1º se se estivera afiliado anteriormente do 01.01.67 a unha Mutualidade de Traballadores por conta allea, a partir dos 60 anos; 2º se se estivera afiliado ó Montepío Marítimo Nacional ou á Mutualidade de Pescadores de Baixura e Cerco, en réxime diferente ó Ordinario Mínimo e posteriormente ó Réxime Especial do Mar, a partir dos 55 anos, por aplicación dos Coeficientes Redutores de Idade, en razón da perigosidade e penosidade dos traballos no mar ou ben do Réxime Especial da Minería do Carbón, por idénticos motivos.

Máis recentemente, anticipando a idade de xubilación, a partir de 1980, ben fixando idades máis temperáns obrigatorias en Convenio Colectivo, como conquista social; ben mediante normas ou acordos colectivos plasmados en Convenio Colectivo, de anticipación da idade de xubilación voluntaria ou obrigatoria, como medida de fomento de emprego; ben mediante expedientes de regulación de emprego pactados en grandes empresas e que afectaban a un importante volume de traballadores, co aparente propósito de rexuenece-los cadros de persoal e moitas veces coa exclusiva finalidade de reducir cadros de persoal para non perder beneficios ou o que se veu chamando competitividade, sacando do mundo do traballo a persoas relativamente novas - incluso con 42 anos -; ou ben mediante baixas incentivadas, transformando as indemnizacións en pagos

directos ó traballador ou seguros privados de cobertura, de forma mensual, que se ía reducindo en función do acceso a prestacións contributivas ou asistenciais de desemprego e posteriormente do acceso a xubilación, anticipada ou non, con ou sen suplementos privados.

Finalmente, mediante un sistema que parece flexibilizar tanto a saída anticipada como tardía do mundo laboral, pero que tamén conleva un endurecemento das condicións, ben para limita-los grandes custos á Seguridade Social - caso dos antes referenciados expedientes de extinción colectiva de contratos ou baixa voluntarias financiadas parcialmente con cargo a prestacións - ou unha diminución das contías das prestacións que aparentemente semellan incrementarse e non o fan tanto, complementadas, tanto nesta fase como en parte da anterior, co establecemento de prestacións mínimas de natureza asistencial - que hoxe se tende a que sexan financiadas na súa totalidade con cargo ós Orzamentos do Estado, en virtude das recomendacións dos Pactos de Toledo, progresivamente e nun prazo medio, - e prestacións complementarias privadas mediante a subscripción de Plans de Pensións, colectivos ou individuais, financiados ou non parcialmente polas empresas.

II. A XUBILACIÓN FLEXIBLE

A preocupación pola xubilación flexible ponse de manifesto na Recomendación Décima do Pacto de Toledo, que propoñía que a idade de xubilación fora flexible e gradual, sinalando que “ sen perxuício de mante-la idade ordinaria de xubilación nos 65 anos, resultará moi favorable, en termos financeiros e sociais, facilita-la prolongación voluntaria da vida activa de quen libremente o desexe “, prevendo regula-la exoneración, completa ou parcial, da obriga de cotizar nos supostos dos traballadores que optasen por permanecer en activo, con suspensión proporcional do percibo da pensión, é dicir, que parece que se abandoa en grande medida a idea da xubilación anticipada como medida de fomento de emprego, para pasar a defende-la prolongación da vida laboral, como consecuencia do envellecemento progresivo da poboación e a pesada carga financeira que deberían de soporta-las arcas da Seguridade Social perante a chegada masiva de novos grupos de poboación á xubilación, por cumprimento da idade ordinaria ou a través dos sistemas de prexubilacións e xubilacións anticipadas.

Esta Recomendación foi practicamente esquecida na práctica polo Acordo sobre Consolidación e Racionalización do sistema de Seguridade Social de outubro de 1996, de desenvolvemento do Pacto de Toledo, ó non fixar pautas para a prolongación da vida activa e motivar tan só a conveniencia de desincentiva-las xubilacións anticipadas e o seu desenvolvemento, en materia de exención da obriga de cotizar, establecido no artigo 12 da Lei 24/1997 de 15.07, que introduciu a Disposición Adicional Vixésimo sexta da Lei Xeral de Seguridade Social, non foi efectiva, debendo agardarse ata a entrada en vigor do Real Decreto Lei 16/2001 de 27.012, que no seu artigo 11, engadía un novo artigo 112 bis no Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social e modificaba a citada Disposición Adicional, engadindo un apartado 3º, tendo idéntica redacción que o artigo 11 da actual Lei 35/2002 de 12.07, engadindo ás bonificacións empresariais de cotas, as das cotas obreiras.

Dentro destas medidas e seguindo o acordo de 2001, que dispón que se proceda ó estudio de medidas que posibiliten que a porcentaxe aplicable á base reguladora da pensión de xubilación supere o 100%, respecto dos traballadores que permanezan en acti-

vo máis alá dos 65 anos de idade e 35 anos de cotización, atópanse dous diferentes, cales son: A Prolongación da idade de xubilación despois dos sesenta e cinco anos e a tempo completo e a compatibilidade da pensión de xubilación co traballo a tempo parcial.

A) Prolongación da idade de xubilación despois dos sesenta e cinco anos e na mesma xornada na que viñeran prestando servizos.

Esta medida atópase regulada no artigo 10 do Real Decreto Lei 16/2001 e hoxe contida, por mandato de idéntico precepto da Lei 35/2002, no artigo 163.2 do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, que sinala que: “ Cando se acceda á pensión de xubilación a unha idade superior ós sesenta e cinco anos, a porcentaxe aplicable á respectiva base reguladora será o resultante de sumar ó 100 por 100 un 2 por 100 adicional por cada ano completo que, na data do feito causante da pensión, se teña cotizado dende o cumprimento dos sesenta e cinco anos, sempre que en dito momento o interesado tivera acreditados 35 anos de cotización. No suposto de que o interesado non tivera acreditados 35 anos de cotización, a porcentaxe adicional indicada aplicarase, cumprido-los sesenta e cinco anos, dende data en que se teña acreditado dito período de cotización “

O seu desenvolvemento regulamentario, contido no artigo 3 do Real Decreto 1.132/2002 de 31.10, aclara que permite seguir computando as bonificacións ou anticipacións de idade, ós efectos do cumprimento dos 65 anos de idade e dos 35 anos de cotización.

Sen embargo, ten un efecto limitador, como é a necesidade de que, para melloralas a porcentaxe de pensión, sexan precisos anos enteiros de cotización, apartándose dos antecedentes contidos na Orden de 18.01.67, que permitían computar, por redondeo á alza, os períodos ou fraccións de cotización inferiores ó ano, e a non posibilidade de cómputo de partes proporcionais de pagas extras correspondentes a cotizacións posteriores ó cumprimento dos sesenta e cinco anos, ademais de non beneficiar a traballadores con bases de cotización moi altas ó cumprir os 65 anos, pois as teóricas melloras de porcentaxe de pensión veranse absorbidas, case sempre, en tanto en canto a pensión máxima a percibir se atope topada e por outro lado vese igualmente prexudicada polo feito de que o artigo 112.bis do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, antes citado, e introducido polo artigo 11 do Real Decreto Lei 16/2001, con idéntica redacción na Lei 35/2002, limita a eficacia das bonificacións en cotas da Seguridade Social, para o traballador e a empresa, ó esixir que o traballador teña 35 anos ou máis de cotización efectiva á Seguridade Social, no momento de cumprir os 65 anos, ou ter que esperar ó cumprimento de dito requisito de cotización, con posterioridade ó cumprimento de dita idade, non sendo computables a estes efectos:

- 1º as táboas de idade,
- 2º os Coeficientes Redutores de idade,
- 3º as partes proporcionais de pagas extras,

ademais de esixir que se atopen vinculados por contratos por tempo indefinido, e para o traballador, ó beneficiar maioritariamente á empresa, dada-las porcentaxes de cotización que debería de aboar por cotas patronais, en canto ás cotizacións por continxencias comúns, salvo IT derivada das mesmas, desemprego e formación profesional e totalmente á empresa, en canto ás do Fondo de Garantía Salarial, que debería de aboar exclusivamente ó seu cargo.

O cálculo da base reguladora realizarase mediante un novo cálculo, sumando, en caso de non existir bonificacións de cotas, as bases efectivas dos novos períodos cotizados, e en caso de existir, substituiranse as cotizacións reais polas equivalentes, non podendo ser superiores estas ó resultado de incrementalo termo medio das bases de cotización do ano natural inmediatamente anterior na porcentaxe de variación media coñecida do IPC no último ano indicado máis dous puntos porcentuais

B) Compatibilidade da pensión de xubilación e o traballo a tempo parcial.

Ós supostos xa coñecidos de xubilación parcial, con mantemento de parte da xornada no mesmo posto de traballo e regulados no artigo 165 do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, na redacción dada pola Lei 24/2001, engade á reforma un novo suposto.

O artigo 1 do Real Decreto Lei 16/2001, hoxe artigo 1 da Lei 35/2002, engade un novo parágrafo segundo no apartado 1 do artigo 165 do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, ó establecer: Non obstante o anterior - incompatibilidade entre a pensión de xubilación e o traballo -, as persoas que accedan á xubilación, poderán compatibilizalo percibemento da pensión cun traballo a tempo parcial nos termos que regulamentariamente se establezan. Durante dita situación, minorarase o percibo da pensión en proporción inversa á redución aplicable á xornada de traballo do pensionista en relación á dun traballador a tempo completo comparable. Pola súa parte, a Lei 24/2001 deu unha nova redacción ó artigo 166 do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, establecendo o acceso á xubilación parcial, sinalando, entre outros extremos, que os traballadores que tiveran acadado a idade ordinaria de xubilación e reuniran os requisitos para causar dereito á mesma, poderían acceder á xubilación parcial sen necesidade simultánea dun contrato de relevo.

Para poder compatibilizar dito traballo coa pensión de xubilación, o artigo 6 do Real Decreto 1.132/2002, esixe que o pensionista de xubilación, antes de inicia-las actividades realizadas a tempo parcial, comunique tal circunstancia á Entidade Xestora respectiva, tendo efectos a redución ou minoración da contía da pensión dende o día en que comece a realización das actividades.

Pola súa parte o artigo 7 do citado Real Decreto, establece a incompatibilidade da pensión de xubilación coas pensións de incapacidade permanente que puideran corresponder pola actividade desenvolvida, con posterioridade ó recoñecemento da pensión de xubilación, calquera que sexa o Réxime en que se causen.

Todo iso significa a posibilidade de que o traballador xubilado nun Réxime da Seguridade Social, poida acceder a un traballo no mesmo ou noutro Réxime Diferente, salvo os expresamente exceptuados pola Disposición Adicional Primeira do citado Decreto, como son os Especiais de Funcionarios Cívís do Estado, das Forzas Armadas e do persoal ó servizo da Administración de Xustiza.

III. NOVA XUBILACIÓN ANTICIPADA

Ás variantes xa coñecidas de xubilación anticipada de traballadores que estiveran afiliados a unha Mutualidade de Traballadores por conta allea con anterioridade ó 01.01.67, ben na variedade inicial recoñecida pola Orden de 18.01.67, ben na variedade

introducida pola Lei 24/1997, ben na da Lei 47/98; ás específicas de Traballadores por conta allea do Réxime Especial do Mar e á da Minería do Carbón, engádese unha variante introducida polo artigo 3 do Real Decreto Lei 16/2001, hoxe artigo 3 da Lei 35/2002, e que introduce un novo parágrafo 3 ó artigo 161 do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, que xa non esixe a afiliación a unha Mutualidade de Traballadores por conta allea con anterioridade ó 01.01.67 e comprensiva tanto do Réxime Xeral, como do Especial de Minería de Carbón, como do Especial do Mar, como traballador por conta allea.

Os requisitos son os seguintes:

1º Idade de 61 anos.

2º Inscripción na Oficina de Emprego, como demandante de emprego, ó menos con seis meses de antelación á data de solicitude da xubilación.

3º Esixencia de 30 anos de cotización efectiva, sen que poidan terse en conta, para dito cómputo, as partes proporcionais de pagas extras.

4º Que o cese no traballo, como consecuencia da extinción do contrato de traballo, non se producira pola libre vontade do traballador, entendéndose por tal a inequívoca manifestación de vontade de quen, podendo continua-la súa relación laboral e non existindo razón obxectiva que o impida, decide poñer fin á mesma.

Os coeficientes reductores de pensión, por ano ou fracción de ano que lle falte ó traballador para cumprilos 65 anos, son os seguintes:

Con 30 anos cotizados: o 8%

Entre 31 e 34 anos cotizados: o 7,5%

Entre 35 e 37 anos cotizados: o 7%

Entre 38 e 39 anos cotizados: o 6,5%

Con 40 ou máis anos cotizados: o 6%

Por outro lado, dase nova redacción á Disposición Transitoria Terceira do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, no parágrafo segundo da norma segunda, igualando as porcentaxes correspondentes.

A introducción desta nova modalidade de xubilación anticipada, se ben pode servir para permiti-lo acceso á pensión de xubilación a traballadores expulsados do mercado de traballo por causas independentes da súa vontade e con dificultades para atopar outro emprego, pode ter efectos perniciosos nas políticas de promoción de emprego destes traballadores, a través da contratación indefinida subvencionada.

IV. AS PREXUBILACIÓNS E O SUBSIDIO POR DESEMPREGO

En canto ó último, o artigo 5 do Real Decreto 16/2001, hoxe artigo 5 da Lei 35/2002, da unha nova redacción ó apartado 3 do artigo 216 do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, ó establece-la súa duración ata que o traballador acade a idade ordinaria que se esixa en cada caso para causar dereito á pensión de xubilación, o que supón a súa extensión ata os 65 anos, poñendo fin á discusión Doutrinal e Xurisprudencial sobre se o mesmo só podía alcanzar, en canto á súa cobertura, ata que o traballador cumprira calquera idade, na que tivera dereito a xubilación anticipada.

En canto á primeira situación, que non pode esquecerse non está normativamente contemplada no noso sistema de Seguridade Social, e á que soamente pode accederse en virtude de pacto colectivo ou protección complementaria privada, que no primeiro caso chegan a alcanzar grandes custos económicos para o sistema, engádesse, mediante a adición dun apartado 15 ó artigo 51 do Estatuto dos Traballadores, cando se tramiten mediante expedientes de regulación de emprego, en empresas non incursas en procedemento concursal, que comprendan traballadores con 55 ou máis anos que non tiveran a condición de mutualistas o 01.01.67, a obriga de aboa-las cotas correspondentes á financiamento dun convenio especial con respecto ós citados traballadores, que comprenderá as cotizacións do período comprendido entre a data en que se produza o cese no traballo, ou, no seu caso, en que cese a obriga de cotizar por extinción da prestación por desemprego, e a data na que o traballador cumpra os 65 anos, fixando os sistemas de ingresos das cotas ou o seu afianzamento, sendo obriga do empresario ata o cumprimento dos 61 anos e do traballador dende dita data.

A Regulación regulamentaria realizouse por Orde de 13 de outubro de 2003, que regula o convenio especial no Sistema de Seguridade Social, e concretamente no seu artigo 20, posibilitando o pago fraccionado ata os 61 anos, avalando as anualidades seguintes á primeira mediante aval solidario de entidade financeira, compañía de seguros debidamente autorizada para operar no ramo de caución ou unha Sociedade de Garantía Recíproca, o que parece permitir introducir dentro do Sistema Público de Pensións o aseguramento privado de algunha responsabilidade exclusiva do empresario, procurando evitar así o nacemento dunha responsabilidade subsidiaria para as Entidades Xestoras, por incumprimento empresarial.

V. PUNTOS PARA A REFLEXIÓN SOBRE DIVERSOS TEMAS

1. Existencia ou non de fixación dunha idade obrigatoria de xubilación, en virtude de acordo colectivo reflectido en Convenio Colectivo.

A derogación da Disposición Adicional 10ª do Estatuto dos Traballadores, pola Lei 12/2001 de 09.07, xerou controversia sobre a súa incidencia na negociación colectiva, ós efectos de poder fixar ou non idades de xubilación obrigatorias en Convenio Colectivo, dando lugar a dúas liñas diferentes e opostas tanto dentro da Doutrina Científica como da Xudicial.

É fiel reflexo da primeira posición, dentro de Xudicial, as sentencias da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, de 29.10.02 e 21.01.03, ó sinalar que dita derogación non establece a existencia dunha regulación de dereito necesario que prohiba as xubilacións anticipadas fixadas en convenio colectivo, considerando vixente a doutrina consolidada do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo na materia, ó poderse regular por convenio colectivo unha materia desregularizada, xa que a forza vinculante dos convenios procede directamente do mandato do artigo 37 da Constitución.

Polo contrario e como reflexo da segunda posición doutrinal xudicial atópanse as sentencias da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana de 21.11.02 e a da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Castela - A Mancha de 24.04.02, que consideran que dita derogación suprime como ámbito de actuación na negociación colectiva o establecemento de idades de xubilación obrigatorias, ó ter desaparecido a norma habilitante.

Descoñecendo neste momento a posición que teña asumido en Xurisprudencia Unificadora o Tribunal Supremo, entendo que no momento actual e a partir da entrada en vigor do Real Decreto Lei 16/2001, substituído pola Lei 35/2002, debe de asumirse a segunda posición como correcta, pois debe de terse en conta a manifestación contida na Sentencia do Tribunal Constitucional 58/1985, que sinalaba ó respecto que “ o convenio colectivo non pode modificar nin afectar á normativa propia da Seguridade Social, o que garante que o cese forzoso non é posible por causa de xubilación se en virtude da normativa de Seguridade Social non procede o pase a situación de xubilado “, o que entendo que ocorre no momento actual, xa que se pode compatibilizar tanto o pase parcial á xubilación ós 65 anos, co mantemento parcial da actividade laboral, como continuar traballando despois da citada idade, mellorando, no seu caso, tanto as porcentaxes de pensión a perceber no futuro - ó non existir xa unha porcentaxe máxima de pensión do 100% - , como a propia contía da base reguladora.

2. Incidencia da normativa en materia de Xubilación Flexible sobre o cálculo da prorrata témporis de pensións recoñecidas ó amparo do Regulamento 1.408/71 da CEE.

Dende hai anos produciuse unha polémica, aínda non resolta definitivamente en vía xudicial, sobre se o cálculo da prorrata témporis dunha pensión de xubilación recoñecida tendo en conta cotizacións efectuadas en dous ou máis países membros da Unión Europea e ó amparo do disposto nos artigos 45 e 46 do Regulamento 1.408/71, debía de facerse sobre a totalidade dos períodos cotizados ou, polo contrario, sobre un total de 35 anos de cotización, que era o período que a lexislación española establecía como suficiente para acceder á porcentaxe do 100% da pensión recoñecida en España, xa que calquera período de cotización superior non servía para mellora-la porcentaxe de pensión a recoñecer.

Pois ben, dada a actual redacción do artigo 163.2 do Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social, na redacción dada polo artigo 10 da Lei 35/2002, non parece ofrecer dúbida, no momento actual, de que o cálculo da prorrata deberase de facer sobre a totalidade dos períodos cotizados, xa que é posible incrementa-la porcentaxe de pensión, unha vez superados os 35 anos de cotización, nun 2% anual.