

## El trabajo a tiempo parcial y su discriminación por la Seguridad Social

(A propósito de la STC 91/2019, de 3 de julio)

### Part-time work and its discrimination by the Social Security (regarding Constitutional Court Ruling 91/2019 of 3 July)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
DIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM*

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
SUBDIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM*

*“SER UNA PARTE de todas las partes  
en la dispersión de las magnitudes,  
dis-santificado, dis-asentado,  
dis-encajado”*

PAUL CELAN<sup>1</sup>

El Tribunal Constitucional en cuestión interna de inconstitucionalidad 688/2019, planteada por la Sala Segunda del TC en relación con la regla tercera, letra c) de la DA. 7.<sup>a</sup> apartado 1, del texto refundido de la LGSS/1994, en la redacción dada por el art. 5.2 del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes de orden económico y social, ha declarado la nulidad parcial del apartado reseñado por entender que incurre en discriminación indirecta.

Los intentos de llevar a cabo una regulación equilibrada entre la contributividad propia del sistema de Seguridad Social y una protección adecuada, eficaz y posible a los trabajadores a tiempo parcial es la crónica de un fracaso, los intentos de su regulación han sido siempre fallidos.

Hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980 no puede considerarse que hubiera realmente una regulación específica de la contratación a tiempo parcial. Hubo con la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, la posibilidad, prevista en su art. 28 de contratar jornadas por debajo de la habitual, “cuando no se hubiera pactado y se tratase de prestación de un número de días de trabajo o de ejecución de obra por unidad, piezas, o por medidas u otras modalidades de trabajo susceptibles de cumplimiento parcial, se entenderá la obligación

<sup>1</sup> CELAN, P.: *Los poemas póstumos*, trad. J. L. Reina Palazón, Madrid, Ed. Trotta, 2003, pág. 165.

divisible y el obrero podrá exigir que se le reciba por partes y se le abone en proporción al trabajo ejecutado”. Si bien no había normativa alguna sobre la cotización y protección social que contemplara la singularidad de la contratación a tiempo no completo o parcial.

También debe recordarse que la Ley de Relaciones Laborales de 1976 contempló en su artículo 13 la figura del contrato a tiempo parcial como medida de fomento de empleo de colectivos singulares (trabajadores mayores de cuarenta años, discapacitados, etc.), sin bien no hubo desarrollo normativo posterior que dispusiera los efectos que tendrían las cotizaciones en tales situaciones a efectos de la protección social a dispensar a los trabajadores contratados a tiempo parcial.

El art. 12.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 vino a considerar como trabajo a tiempo parcial el que se prestase durante un determinado número de días al año, al mes o a la semana, durante un determinado número de horas, respectivamente inferior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad de que se trate en el mismo período de tiempo. La finalidad de esta modalidad no era otra que actuar como medida de fomento de empleo<sup>2</sup>. Además, en el párrafo final de dicho precepto, se incluyó una previsión específica respecto a la cotización de los contratos a tiempo parcial que ser llevaría a cabo “a razón de las horas o días realmente trabajados”.

Nada establecía, sin embargo, sobre la incidencia que esta regla de cotización pudiera tener a efectos de período de carencia, ni tampoco autorizaba expresamente para que este extremo se determinara por vía reglamentaria. Esta previsión legal implicaba en forma tácita la derogación de lo establecido hasta entonces por la Ley General de la Seguridad Social de 1974 en su art. 74.4, en virtud del cual la base de cotización tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento “cualquiera que fuera el número de horas que se trabajasen diariamente”.

#### A) La primera regulación específica de seguridad social del trabajo a tiempo parcial

El Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio, primer desarrollo reglamentario del art. 12 LET de 1980, no contenía tampoco reglas específicas en materia de protección social. La única referencia se encontraba en el artículo 6 en relación con la cotización en tal situación y que básicamente se limitaba a indicar que se harían en función a las horas o días realmente trabajados y autorizaba al entonces Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social “a efectuar las adaptaciones precisas, en las normas que configuran el régimen de cotización y prestaciones de la Seguridad Social y de Desempleo, para su aplicación en los supuestos en que los presuntos beneficiarios de la acción protectora estén o hayan estado acogidos a contratos de trabajo a tiempo parcial”.

En ejercicio de esta autorización, el Ministerio dictó la Orden de 20 de enero de 1982, regulando la cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial, con repercusión a efectos de bases reguladoras, pero sin contener tampoco disposición alguna que afectase a los períodos de cotización exigibles. Sin embargo, su disposición final segunda autorizó a su vez a los Subsecretarios de la Seguridad Social y de Empleo y Relaciones Laborales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar las normas precisas para la aplicación de

<sup>2</sup> Véase la Disposición Transitoria 3ª del ET.

tal Orden. Al amparo de dicha la autorización se acogería la Secretaría General de la Seguridad Social para dictar su Resolución de 1 de febrero de 1982<sup>3</sup>, sobre normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

En el aspecto que más nos interesa esta Resolución lo que venía a introducir era una regla de proporcionalidad estricta, esto es, que a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen de la Seguridad Social correspondiente para causar derecho a la prestación de que se trate se computarán las horas o días efectivamente trabajados<sup>4</sup>.

Las controversias sobre la bondad o no de este criterio no se hicieron esperar y a propósito de un subsidio de incapacidad laboral transitoria el TSJ de Aragón en sentencia de 23 de junio de 1992<sup>5</sup> vino a entender es que en el trabajo a tiempo parcial, realizado por horas, la cotización por las correspondientes a cada jornada debe computarse como días cotizados cualquiera que haya sido la duración de ésta, pues no hay norma de rango suficiente que modifique y adapte para el contrato a tiempo parcial lo que establece el art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social), ya que no lo es la Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social de 1-2-1982, ante lo cual debe aplicarse por analogía lo dispuesto para la prestación por desempleo por el art. 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 abril. El Tribunal Supremo en sentencia de 26-5-1993<sup>6</sup> realiza un análisis del art. 12 del ET y de su primer desarrollo reglamentario llevado a cabo por el RD 1362/1981, llega a la conclusión de que: *“... , la resolución mencionada, en la regla transcrita, carece de eficacia normativa; conclusión que resulta de lo ya expuesto y, además, de que la Orden de la que la resolución trae causa sólo versaba sobre cotización, por lo cual la delegación que efectuaba obviamente había de quedar constreñida a tal materia, sin que pudiera considerarse extendida a condiciones exigibles para el reconocimiento de prestaciones...”*.

B) La cobertura legal al criterio de ordenación de 1982 o el segundo intento en su regulación

Contra esta criterio del Tribunal Supremo pronto reaccionaría la Administración aprobando el Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, cuya disposición adicional novena reprodujo la regla señalada en cuanto al cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial que establecía la citada Resolución de 1 de febrero de 1982 (en función de las horas o días efectivamente trabajados), elevando así el rango de la regulación, con la pretensión de ponerla al abrigo de los reproches de su insuficiencia apreciados por el Tribunal Supremo, e introduciendo algunas actualizaciones que no es el caso detallar aquí.

<sup>3</sup> BOE de 5 de febrero de 1982.

<sup>4</sup> Hay que advertir, no obstante, que la regla anterior no iba a ser aplicable a todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, pues para las prestaciones por desempleo el art. 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, dictado en desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, estableció para los contratos a tiempo parcial la regla según la cual cada día trabajado se computaba como día cotizado, cualquiera que hubiese sido la duración de la jornada.

<sup>5</sup> STSJ Aragón de 23-6-1992 (AS 1992/3090).

<sup>6</sup> RJ 1993, 6374.

La suficiencia de rango de esta nueva regulación reglamentaria fue aceptada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de febrero de 1997, seguida por otras muchas posteriores, con la única precisión de que la regla de proporcionalidad referida se aplicaba a las prestaciones causadas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 2319/1993.

C) Los intentos por consolidar o dar una cobertura legal sólida al régimen de Seguridad Social para los trabajos a tiempo parcial

Los intentos de despejar cualquier tipo de duda sobre el rango normativo prosiguieron singularmente en 1994 pretendiendo asegurar el principio de proporcionalidad en virtud de las Leyes 10/1994 y 42/1994. Así, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (que fue el resultado de la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación) estableció en su art. 4.3 que “a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos”.

Esta misma regla se va a reproducir, en términos idénticos, en el apartado segundo de la disposición adicional séptima de la LGSS/1994.

A su vez, el art. 40 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, dio nueva redacción a este precepto, en el único aspecto de suprimir la referencia a los días trabajados (como ya hiciera el Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre) de forma que el cómputo de los períodos de cotización se realizase siempre en función de las horas trabajadas, aunque se trate de contratos a tiempo parcial con jornada diaria completa pero con menor número de días de la jornada semanal, eliminando así el trato diferente entre contratos parciales por horas y por días.

Esta regulación sería la que quedó recogida en el art. 12.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que fue consecuencia de la autorización al Gobierno, contenida en la disposición final séptima de la propia Ley 42/1994, para elaborar ese texto refundido. De esta forma, el párrafo segundo del art. 12.4 ET vino a establecer que “*para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos*”.

Nuevamente dos años después –aproximadamente– el art. 12 ET sería objeto de reforma por el RD-Ley 8/1997, de 16 mayo<sup>7</sup>, que con novedad más importante sería la

---

<sup>7</sup> Reforma que sería luego daría lugar, tras su tramitación, como Ley 63/1997, de 26 diciembre.

supresión de la protección diferenciada de los trabajadores contratados por servicios inferiores a 12 horas a la semana o 48 al mes<sup>8</sup>.

Por su parte el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre<sup>9</sup>, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, dictado en el marco del Acuerdo de 13 de noviembre de 1998, sobre trabajo parcial y fomento de su estabilidad, introduciría importantes novedades en materia de protección social de los trabajadores a tiempo parcial, entre ellas la atenuación del principio de proporcionalidad en cuanto al cómputo del período de carencia<sup>10</sup>. Dicho RD Ley vino a dar una nueva redacción al art. 12 ET, al que se priva de sus contenidos de Seguridad Social que, con mayor corrección sistemática, pasarían a los artículos 161.1 y a la disposición adicional séptima de la LGSS/1994, que se modificó, convirtiendo a esta última en el núcleo normativo básico a efectos de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial<sup>11</sup>.

Concretamente, en el aspecto que aquí interesa, del cómputo del tiempo trabajado a tiempo parcial a efectos de los períodos de cotización exigidos para causar derecho a prestaciones de Seguridad Social, esta nueva regulación mantenía el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas para determinar los periodos de cotización exigidos, pero atenuado mediante diversas reglas correctoras, con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial.

Así, se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientos veintiséis horas anuales (esto es, la duración máxima de la jornada anual según el art. 34.1 ET, excluidas las horas extraordinarias), de suerte que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, según ha quedado expuesto. En segundo lugar, para causar derecho a las prestaciones de jubilación e invalidez permanente se introduce una regla específica correctora, consistente en un coeficiente multiplicador del 1,5 que, aplicado sobre los días teóricos de cotización, calculados conforme a la regla precedente, los aumenta facilitando así el acceso a la protección, precisándose que en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación laboral a tiempo completo.

<sup>8</sup> Dicho RD-Ley sería derogado por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre y en desarrollo de sus previsiones se aprobaría el RD 489/1998, de 27 de marzo desarrollaría las previsiones de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre cuyos aspectos más relevantes serían confirmar la protección indiferenciada para los trabajos considerados como marginales y remitiéndose en la protección a lo previsto en el DA. 9.<sup>a</sup> del RD 2319/1993.

<sup>9</sup> Desarrollado por RD 144/1999, de 29 de enero.

<sup>10</sup> El referido Acuerdo fijaba tres objetivos generales para la acción normativa: facilitar el acceso efectivo a las prestaciones, mantener el principio de contributividad y adecuar el principio de proporcionalidad

<sup>11</sup> Esta disposición adicional fue objeto de múltiples reformas: DA. 10.<sup>a</sup> de la Ley 12/2001, de 9 de julio; DA. 18.10 LO. 3/2007, de 22 de marzo; Ley 2/2008, de 23 de diciembre; DF. 3.8 Ley 2/2008, de 23 diciembre; DA. 40.3 Ley 27/2011, de 1 de agosto; DF. 5.7 Ley 3/2012, de 6 de julio; art. 5.1 y 2 RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto; Disp. Derogatoria única RD-Ley 11/2013, de 20 de diciembre; art. 5.1 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero; y DF. 3.<sup>a</sup> Ley 36/2014, de 26 de diciembre.

Por su parte, el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, de desarrollo de las previsiones del RD-ley 15/1998, añadiría una regla especial sobre incremento proporcional de período inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante en el que se ha de reunir la cotización mínima para causar derecho a las prestaciones de jubilación, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, para facilitar su cumplimiento cuando las cotizaciones derivan de contratos a tiempo parcial<sup>12</sup>.

La reforma introducida en el art. 12 ET en cuanto al régimen jurídico del contrato a tiempo parcial por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (cuya tramitación posterior como proyecto de Ley dio lugar a la Ley 12/2001, de 9 de julio), llevó a que el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, fuera derogado y sustituido por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que regulará la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, disposición que todavía sigue estando en vigor parcialmente.

Dicho Real Decreto recogerá unas reglas para determinar los períodos mínimos necesarios para lucrar las prestaciones<sup>13</sup> y también para determinar la base reguladora<sup>14</sup>.

Este nuevo diseño pronto sería cuestionado al declararse inconstitucional el art. 12.4 del ET en STC 253/2004, de 22 de diciembre<sup>15</sup>, en un pleito en el que se ventilaba una cuestión de inconstitucionalidad del mentado artículo ante la negativa del INSS a reconocer una pensión de incapacidad permanente por falta de cotización mínima, al aplicar la previsión del mismo que establecía que “... para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas.”

El debate no quedaría aquí, en el ámbito del ET, sino que el TJUE en sentencia de 22 noviembre de 2012, se pronunció al hilo de una petición de pensión de jubilación rechazada por la Seguridad Social sobre la base de falta de período mínimo de cotización, considerando

<sup>12</sup> Art. 3 RD 144/1999, de 29 de enero.

<sup>13</sup> Art. 3 Períodos de cotización

1 “Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales.

Cuando para poder causar la prestación de que se trate, excepto las pensiones de jubilación e incapacidad permanente a las cuales será de aplicación lo establecido en el apartado 2 de este artículo, el período mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente.

La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.

2. Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.”

<sup>14</sup> Con remisión expresa a las normas generales para la determinación de la cuantía, si bien con alguna singularidad para la cobertura de las lagunas de cotización.

<sup>15</sup> En similares términos puede verse la STC 49/2005, de 14 de marzo.

la existencia de una discriminación en nuestra normativa nacional de los trabajadores a tiempo parcial, declarando que: *El artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.*

Y unos meses después nuestro TC en Sentencia n.º 61/2013, de 14 marzo<sup>16</sup>, declararía inconstitucional el apartado 1 de la DA. 7.ª de la LGSS/1994. El TC admitiendo que los índices correctores atenúan los efectos desfavorables del sistema inicial de cómputo, señala sin embargo, que en algunos casos incluso pueden resultar más perjudiciales para un trabajador a tiempo parcial que la anterior regulación (se refiere a la existente antes de 1998) en referencia a que se toma como referencia la jornada máxima legal y no la jornada habitual en la actividad de que se trate, su virtualidad es muy limitada y no evita los efectos desproporcionados que en muchos casos conlleva en términos de desprotección social. Concluyendo que además lesiona el derecho a la igualdad por sus efectos predominantes en el empleo femenino

D) Cuarto intento. La respuesta del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto<sup>17</sup>

La declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 de la DA 7.ª LGSS/1994, afectaba a la determinación de los períodos de cotización necesario para acceder a las prestaciones económicas. Por ello Gobierno aprobó una norma con rango de ley con la finalidad de superar el cuestionamiento de la previsión legal existente hasta entonces. Considera que existen razones de justicia social que aconsejan flexibilizar el número de años requeridos para acceder a una prestación, de modo que se garantice en todo momento el principio de igualdad de los trabajadores, tanto para los de tiempo parcial como para los de tiempo completo, dando cumplimiento así a la sentencia del Tribunal Constitucional<sup>18</sup>. Lo que hace en su art. 5 es modificar la regla segunda del apartado 1 de la DA. 7.ª LGSS/1994 (relativa a los períodos de cotización) y el párrafo c) de la regla tercera del apartado 1 (relativa a la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente). Aborda pues, no solo la determinación de período cotizado y exigible si no también el cálculo de la pensión, con una fórmula de cálculo de las prestaciones que busca exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial. El objetivo anunciado es evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe. Con este propósito, la modificación legal atiende a los períodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo. Con carácter general<sup>19</sup> se parte en primer lugar de la determinación del período de cotización acreditado por el

<sup>16</sup> A ella le seguirían otras 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

<sup>17</sup> Dicho RD-Ley, además de medidas dirigidas concretamente a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial recoge otras medidas de orden económico y social.

<sup>18</sup> Así se dice en su Exposición de Motivos.

<sup>19</sup> Art. 5. uno del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, que modifica la regla segunda del apartado 1 de la DA. 7.ª de la LGSS/1994.

trabajador y la fórmula empleada, en los siguientes términos: al total de días cotizados se aplicase al total de días que ha permanecido el trabajador en alta como trabajador a tiempo parcial el correspondiente coeficiente de parcialidad en función de la jornada realizada en relación con la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable. A ello se le suma el resultado a los días en que el trabajador hubiese permanecido en alta a tiempo completo. Y a la suma de ellos se le aplica el denominado coeficiente global de parcialidad, que sería la proporción entre los días cotizados acreditados entre el total de días en alta. La carencia necesaria sería la carencia general aplicable reducida por la aplicación del coeficiente global de parcialidad.

Junto a estas reglas generales aplicables a las pensiones, el apartado dos del art. 5 del RD-Ley 11/2013, recoge una serie de previsiones generales para la pensión de jubilación, a saber:

- Período mínimo de cotización. En todo caso se exigirían 15 años en alta, y una vez acreditado ese requisito se aplicaría el coeficiente de parcialidad para calcular el total de días cotizados que se habrían de acreditar por el trabajador.  
Se tendría derecho a pensión con el mismo número de años en alta laboral independientemente del porcentaje de jornada trabajada, equiparando con ello el derecho a pensión de los trabajadores en jornada completa con los trabajadores a tiempo parcial, dando cumplimiento a la sentencia.
- Base reguladora. Se aplicarán las normas generales.
- Porcentaje aplicable a la base reguladora en función de los años cotizados. Se parte de que el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora para calcular la cuantía de la pensión varía en función de los años cotizados, con 15 años de cotización se ha de aplicar un porcentaje del 50 por 100 que se va incrementando un 0.19 por cien cada mes adicional hasta llegar a los 248 meses, y a partir de esos 248 meses un 0.18 por 100 adicional hasta 16 meses más. Esta escala se aplicaría a los días efectivamente cotizados para cada trabajador a tiempo parcial, calculados en función de su coeficiente de parcialidad total.
- Complementos a mínimos. Se mantiene la garantía de la pensión mínima en las mismas condiciones que para el resto de trabajadores, con los complementos que corresponda. Lo cual puede suponer un agravio comparativo entre trabajadores con esfuerzos contributivos muy distintos que al final obtienen la misma pensión.

Tras la aprobación del nuevo texto refundido de la LGSS, tales reglas se recogen en los actuales arts. 247 y 248 LGSS.

Y ahora, tras la sentencia del Tribunal Constitucional ¿Cuál es la situación?

Tras la publicación de dicha sentencia el gabinete de comunicación del TC vino a emitir una nota en la se informaba que el Pleno del Tribunal Constitucional por unanimidad



había estimado una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del propio Tribunal, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que regula la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial por considerar que vulnera tanto el derecho a la igualdad como el principio de no discriminación de la mujer.

Precisaba que la nulidad alcanza al inciso “*de jubilación y*” del párrafo primero de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Lo que en definitiva supone que el actual art. 248.2 LGSS se vea afectado por dicha declaración de nulidad.

La sentencia, considera que dicho inciso vulnera el derecho a la igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial en el cálculo de la cuantía de la pensión por el modo de computar el periodo de cotización. Y que, además, constituye una discriminación indirecta por razón del sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, lo que ocasiona impacto adverso sobre los trabajadores de un determinado sexo.

La resolución considera que el precepto impugnado produce una desigualdad de trato al faltar los requisitos de “*justificación objetiva y razonable*” de las diferencias que establece. Además, “*se rompe también con la proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, añade una reducción también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje sobre la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo*”. “*...lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un “coeficiente de parcialidad” que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos*”. Esta afectación predominante a las mujeres trabajadoras es considerada expresamente en la sentencia como discriminación indirecta, conforme a la definición incluida en el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Dos precisiones u observaciones podrían hacerse a las razones que llevan al Tribunal acordar la nulidad de ese inciso de la DA. 7.<sup>a</sup> ap. 1 de la LGSS/1994.

La primera es la relativa a si está o no justificado esa forma de cálculo y esa doble penalización que denuncia el TC. Para constatar esta supuesta discriminación, carente de justificación, se indica que el método de cálculo lleva a que un trabajador a tiempo parcial sólo alcanzará el porcentaje del 100% de la base reguladora si su porcentaje de parcialidad durante su vida laboral es del 67%. De forma muy gráfica se expone que el demandante de amparo del que trae causa la cuestión interna de inconstitucionalidad vio que tras 37 años y

10 meses cotizados que a un trabajador a tiempo completo le supondrían el 100% de la base reguladora, a él por efectos de esa doble penalización, se le reducía a 33 años y 4 meses, reduciéndosele la cuantía de la pensión en un 4,94%, en definitiva, le quedaría una pensión del 95,06% de la base reguladora. Lo que dice el TC es cierto, pero omite que un trabajador a tiempo completo durante 37 años ha hecho un mayor esfuerzo contributivo al sistema que otro con el mismo tiempo a tiempo parcial. Por otro lado, un trabajador a tiempo completo que cotice sobre la base máxima de cotización, llegado el momento final de percibir una pensión se verá, probablemente, penalizado con la aplicación del tope máximo de las pensiones, algo que a un trabajador a tiempo parcial no le afectará. La regulación podrá ser cuestionable, pero tiene una cierta dosis de objetividad y razonabilidad determinada por los principios de nuestro sistema de Seguridad Social de contributividad, proporcionalidad y equidad del mismo. Y no se olvide que a los trabajadores a tiempo parcial se les garantizan pensiones mínimas en los misma extensión, términos y condiciones que para el resto de los trabajadores.

La segunda está relacionada con una posible discriminación indirecta por razón de sexo en tanto que el mayor colectivo afectado serían las mujeres predominantes en esta modalidad de relación laboral. No es la primera vez que a la normativa específica de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial se le imputa tal defecto (recuérdese lo dicho anteriormente a propósito del RD 1131/2002) y en esta ocasión y pese a que el afectado era un hombre se vuelve a traer a colación, quizás influenciado por la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 del TJUE (asunto C-161/18), sobre cálculo de la pensión de jubilación de una trabajadora española a tiempo parcial en la que se declaró que la normativa española (en este caso la recogida en los arts. 247, letra a) y 248.3 LGSS) se oponía al art. 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y en el que los efectos sobre la cuantía final de la pensión de jubilación eran los mismos que los examinados por el TC. Ambos altos Tribunales se han pronunciado en similares términos, sobre el carácter discriminatorio. Ahora bien, surge una duda a continuación. Ese criterio ¿es trasladable a otras situaciones? Es decir, si una concreta prestación está normada con una serie de requisitos, aparentemente objetivos, pero que producen un efecto limitativo en el acceso o en la cuantía de la pensión y ellos afectan mayoritariamente a mujeres ¿resultarían discriminatorios y por tanto vulneradores de la Directiva 79/7/CEE? Señalemos un ejemplo: los requisitos de acceso a la pensión de viudedad para ex cónyuges son bastantes restrictivos desde la reforma de la Ley 40/2007, 4 de diciembre, ya que se les exige ser acreedores de pensión compensatoria (separación o divorcio) o en su caso haber percibido indemnización especial prevista para los casos de nulidad y que esta se extinga al fallecimiento<sup>20</sup>. La nueva exigencia se pretende justificar en que se objetiva la dependencia económica respecto al causante, si bien es cuestionable ya que la pensión compensatoria no presupone ninguna dependencia económica, recuérdese que su finalidad en el ámbito civil es en cierta forma mantener el estatus previo matrimonial, ni tampoco la indemnización por nulidad matrimonial lo que busca es sancionar legalmente aquellos casos en que exista un vicio grave en la forma de celebrar un matrimonio que ha afectado a la capacidad de los contrayentes o al consentimiento prestado y se impone a uno de los contrayente, lo que no tiene nada que ver con la dependencia económica. Pues bien, el

<sup>20</sup> Sin perjuicio de las excepciones previstas para los supuestos de violencia de género o hechos causantes anteriores a 1-1-2008.

llamado a ser beneficiario, superado este requisito luego se enfrenta una penalización y es que la cuantía de la pensión de viudedad final, no puede superar el importe de la pensión compensatoria (la norma no dice nada respecto a la indemnización, luego en principio solo afectaría a los casos de separación o divorcio). Pues bien, partiendo de esos condicionantes y teniendo en cuenta que el colectivo de beneficiarios de pensión de viudedad afectado es mayoritariamente mujeres (un 92,5% a 2017<sup>21</sup>) ¿vulnerarían esas previsiones normativas la Directiva 79/7/CEE? Al menos en esa limitación que se impone en cuanto a la cuantía final de la pensión.

En definitiva, la situación actual es la siguiente:

Sin perjuicio de la propuesta de futuro que se haga al final de este estudio, lo cierto es que quizás todo el problema radica en que nuestro sistema de Seguridad Social se plantea y desarrolla en 1967, cuando el trabajo a tiempo parcial no contaba con ninguna regulación específica y tampoco presenta un impacto tan significativo en el mercado de trabajo.

La situación tras la STC 91/2019, de julio, es la siguiente:

A) No hay variación respecto a la determinación de período cotizado. Se aplicarán las reglas contenidas en el art. 247 LGSS, a saber:

a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

d) En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté

---

<sup>21</sup> Ver <http://www.mtramiss.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2017/PEN/PEN.pdf>.

comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.

Respecto la cuantía de las pensiones, las reglas previstas en el art. 248 LGSS que siguen estando en vigor son: 1) La base reguladora de la pensión de jubilación se calculará conforme a la regla general<sup>22</sup>; y b) La integración de lagunas se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en último término.<sup>23</sup>

La previsión establecida en el art. 248.3 LGSS relativa a la determinación de la cuantía de la pensión por la aplicación de determinados coeficientes es inaplicable por efecto de la STC ya que tiene el mismo contenido que la recogida en el párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la DA. 7.ª ap. 1 de la disposición de la declarada inconstitucional y nula.

De aquí, salvo que se norme otra cosa sobre el particular habrá que estar en la determinación de la cuantía de las prestaciones a las reglas generales de la pensión de jubilación. El propio INSS, mientras no haya una reforma de la LGSS que adapte el texto a la interpretación dada por el TC, ha impartido unas instrucciones provisionales en 12-8-2019 para la aplicación de dicha sentencia en el sentido siguiente "... en aquellos supuestos en los que el trabajador haya desempeñado trabajos a tiempo parcial, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación se tomen consideración los periodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada".<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Art. 248.1. a) LGSS.

<sup>23</sup> Art. 248.2 LGSS.

<sup>24</sup> Pauta de actuación 2. Del Criterio de gestión: 17/2019, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. Dicho criterio de gestión también fija pautas de actuación de los expedientes de jubilación pendientes de resolución y de aquellos otros cuyas resoluciones a 12 de agosto (fecha publicación en el BOE de la sentencia del TC) no sean todavía firmes.