

Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial. Comentario a las STJUE de 8 de mayo de 2019 y STC 91/2019, de 3 de julio

The problems of access to the retirement pension for temporary and part-time workers. Commentary to the STJUE of May 08, 2019 and STC 91/2019, of July 03

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

*PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD. DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA*

Resumen

Las relaciones entre Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial siempre han sido complejas y difíciles. La aparición del trabajo a tiempo parcial ha planteado numerosos desafíos e interrogantes en un sistema de protección social de tipo contributivo, en el cual el modelo tipo se había construido sobre la base del trabajo a tiempo completo. Las sentencias objeto de este comentario vienen a declarar la inconstitucionalidad de la fórmula del cómputo de la cuantía de la pensión de jubilación en el caso de los trabajadores a tiempo parcial. La consideran discriminatoria desde una doble perspectiva. Indirectamente, porque el 75% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Directamente, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, ya que a los trabajadores a tiempo parcial su jornada les penaliza dos veces, a la hora de calcular el tiempo trabajador y cotizado y a la hora de calcular la cuantía de su pensión.

Palabras clave

Jubilación; trabajadores a tiempo parcial; trabajadores temporales

Abstract

The relations between Social Security and part-time work have always been complex and difficult. The emergence of part-time work has raised numerous challenges and questions in a social protection system of a contributory type, in which the type model was built on the basis of full-time work. The rulings referred to in this commentary declare the formula for calculating the amount of the retirement pension for part-time workers to be unconstitutional. They consider it discriminatory from a double perspective. Indirectly, because 75% of part-time workers are women.

Directly, compared with full-time workers, since part-time workers are penalized twice for their working hours, for the calculation of working time and contributions and for the calculation of the amount of their pension.

Keywords

Retirement; part-time workers; temporary workers

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial siempre han sido complejas y difíciles. La aparición del trabajo a tiempo parcial ha planteado numerosos desafíos e interrogantes en un sistema de protección social de tipo contributivo, en el cual el modelo tipo se había construido sobre la base del trabajo a tiempo completo.

La protección social, derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial vigente, se regía por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial, al trabajador a tiempo completo.

Se aplicaba un doble coeficiente de parcialidad. En primer lugar un coeficiente global.

Así, se partía de todos los días de contrato, aunque no se trabajen todas las horas y luego se reajustaba con el coeficiente de parcialidad, en una especie de viaje de vuelta a una fórmula similar a la anterior, de día trabajado día cotizado¹. No obstante, el cambio de fórmula presenta una diferencia importante, ya no tiene como referencia para el cómputo de los días cotizados la jornada máxima legal, lo que perjudicaba a los trabajadores con jornadas inferiores². El resultado es el número de días que se consideran efectivamente cotizados en cada periodo.

En segundo lugar, un coeficiente de parcialidad interno. Luego había que sumar todo el tiempo trabajado computable, ya sea en horas o en días (porcentaje de jornada). No para determinar la carencia, sino para determinar el porcentaje de jornada realizada a tiempo parcial, respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable en el periodo de alta, a efectos finales de la carencia proporcional exigida.

Por lo tanto, por ejemplo, en un supuesto de un trabajador a tiempo parcial, que trabaja todo el año con una jornada diaria al 50%, tomaríamos el año y luego sobre el mismo aplicaríamos el coeficiente de parcialidad del 50%. Lo que nos daría la cotización efectivamente exigida para acceder a las prestaciones. Así, por ejemplo, el periodo general de carencia se reduciría de 15 años a 7.5 y el periodo específico a 365 días dentro de los 15 años anteriores.

La parcialidad se seguía teniendo en cuenta en la carencia, pero la diferencia radicaba en que ya no impedía el acceso a la prestación. Con carácter general, la cotización efectiva exigida era la que derivaba del coeficiente de parcialidad interno y su comparación con los periodos cotizados a tiempo completo a lo largo de la vida laboral o periodo que se adopte. Así, el periodo en que había que reunir la carencia genérica, (toda la vida en el caso de jubilación) se parcializaba el periodo de cotización exigido, de acuerdo con el coeficiente global de parcialidad. De este modo, la presencia de periodos a tiempo parcial llevaba a reducir proporcionalmente los periodos de carencia exigidos. Por lo que se accedía a las prestaciones en función de aquella. Por lo tanto, la carencia pasaba a individualizarse, a personalizarse, a adaptarse a la carrera de seguro propia y específica de cada trabajador a tiempo parcial, de acuerdo con el coeficiente de parcialidad.

En consecuencia, ya no era necesario para la carencia el coeficiente del 1,5, sino que éste sólo se tomaba en cuenta ya para el cálculo del porcentaje a aplicar a la pensión de jubilación. Sin que el número de días resultante pudiera ser superior al período de alta a tiempo parcial, ya que el coeficiente de parcialidad interno o específico no podía llevar a que los días de alta con contrato, sin más, se computasen como cotizados, sino sólo los que

¹ De acuerdo con LOUSADA AROCHENA, J.F., "Protección social del trabajo a tiempo parcial según el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto", AS, nº. 7, 2013, pág. 4, el mismo resultado se hubiera obtenido con asimilar a cotizados los periodos de alta de los trabajadores a tiempo parcial como si fueran a tiempo completo.

² BARCELÓN COBEDO, S., "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", Valencia, 2013, pág. 94.

resultasen tras aplicar el coeficiente citado. Por eso, si bien la parcialidad permitía acceder a las prestaciones con carencias propias más reducidas, que en el caso de trabajadores a tiempo completo, también se utilizaba para determinar el porcentaje a aplicar a la base reguladora en la pensión de jubilación. Introduciendo una corrección derivada del principio de proporcionalidad. De este modo, las prestaciones seguían siendo de menor cuantía.

Cuando el interesado acreditaba un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial, incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora, era el equivalente al que resultaba de aplicar a 50 el porcentaje que representaba el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años.

De este modo, aunque tener menos de 15 años cotizados no impedía acceder a la pensión, sin embargo, sí tenía efectos sobre su cuantía final, al calcularse ajustando el porcentaje de la base reguladora a su concreta parcialidad³. Permitiendo acceder a pensiones con bajas carreras de seguro en supuestos de reducidas jornadas y precariedad⁴.

2. LA STJUE DE 8 DE MAYO DE 2019

Así las cosas, todo empieza con las cuestiones prejudiciales que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León decide plantear (con fecha 27 de febrero de 2018) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que se dilucide si la normativa española es contraria a la Directiva Europea de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El TJUE ha contestado, en su Sentencia de 8 de mayo de 2019, que considera que la legislación española podría dar lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo. Contraria a la Directiva sobre el principio de igualdad de trato, ya que el 75 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

El TJUE estima que corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León apreciar si los datos estadísticos, relativos a la distribución de trabajadores de sexo masculino y femenino, aportados ante él, son válidos, representativos y significativos.

Si el tribunal español, basándose en esos datos y, en su caso, en otros elementos pertinentes, llega a la conclusión de que la normativa nacional controvertida coloca a las mujeres en una posición particularmente menos ventajosa que la de los hombres, dicha normativa sería contraria a la Directiva, salvo que esté objetivamente justificada.

El TJUE pone de manifiesto, además, que las disposiciones nacionales controvertidas tienen, en la mayoría de los casos, efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo.

Por lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial reducido, (es decir, los que han trabajado de media, menos de dos tercios de la jornada ordinaria de un trabajador a

³ BARCELÓN COBEDO, S., “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social”, Valencia, 2013, pág. 177.

⁴ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos”, Albacete, 2014, pág. 57.

tiempo completo comparable), el porcentaje aplicable a su base reguladora es inferior al aplicable a la base reguladora de los trabajadores a tiempo completo.

De lo anterior, se deduce que esos trabajadores, que representan el 65 % de los trabajadores a tiempo parcial, sufren una desventaja como consecuencia de la aplicación de dicho porcentaje.

El TJUE observa que la normativa nacional controvertida comporta dos elementos que pueden reducir el importe de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. En primer término, la base reguladora de la pensión de jubilación se calcula a partir de las bases de cotización, integradas por la remuneración efectivamente percibida, en función de las horas trabajadas.

Ello tiene como resultado que dicha base reguladora sea, en el caso de un trabajador a tiempo parcial, inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

En segundo término, mientras que dicha base reguladora se multiplica por un porcentaje, que depende del número de días cotizados, se aplica a ese mismo número de días, un coeficiente de parcialidad, que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial efectivamente realizado por el trabajador de que se trate y el tiempo de trabajo realizado por un trabajador a tiempo completo comparable.

Aunque este segundo elemento queda atenuado por la circunstancia de que el número de días cotizados, resultante de la aplicación del coeficiente de parcialidad, se incrementa con la aplicación de un coeficiente de 1,5, el primer elemento permite ya lograr el objetivo perseguido, que consiste en salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo.

Por lo tanto, concluye el TJUE, aplicar adicionalmente un coeficiente de parcialidad, relativo al trabajo a tiempo parcial, va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo "pro rata temporis".

3. STC 91/2019, DE 3 DE JULIO

En este mismo sentido se ha pronunciado ahora nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia 91/2019, de 3 de julio. No resulta justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial. Se rechaza la diferencia que se da en la reducción adicional de la base reguladora, mediante un porcentaje derivado de un *coeficiente de parcialidad* que merma el número efectivo de días cotizados. Además, constituye una discriminación indirecta por razón del sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Se obvia los requisitos de "justificación objetiva y razonable" en las diferencias entre los trabajadores. De igual modo, rompe con la proporcionalidad exigida, pues estos contratos no sólo suponen una "reducción razonable de la base reguladora", sino que "añaden una reducción del periodo de cotización" para establecer la cuantía de la pensión, que no se hace con el trabajador a tiempo completo. Toda esta diferenciación conduce a un "resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social", con "incidencia predominante en el empleo femenino". No obstante, el Pleno descarta la retroactividad y señala que, a fin de

garantizar el principio de seguridad jurídica, la declaración de nulidad no afectará, ni a los conflictos individuales juzgados con anterioridad, ni a las situaciones administrativas decretadas en firme.

En última instancia, si se estima que hay una discriminación indirecta, como parece meridianamente claro que la hay, ya que afecta indudablemente a la gran mayoría de los casos a mujeres y si se estima que la aplicación de un coeficiente de parcialidad también es discriminatorio, con respecto a los trabajadores a tiempo completo. No veo otro remedio que volver a acudir al criterio de día trabajado, aún a menos horas, computa como día cotizado, a efectos de reunir los periodos previos de cotización o de carencia, esto es, los 15 años mínimo y dejar la proporcionalidad de la jornada afecte exclusivamente el cálculo de la base reguladora de la pensión, que será inferior, obviamente, al tratarse de trabajo a tiempo parcial.

Sin embargo, la solución de considerar día trabajado, aun a menos horas que la jornada a tiempo completo, como día cotizado, que se mantenía en la regulación de desempleo, se ha considerado también como discriminatorio para los trabajadores a tiempo parcial verticales por la STJUE de 9 de noviembre de 2017⁵. En consecuencia, el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, ha modificado el art. 269.1 de la L.G.S.S. y el art. 3.4 del RD 625/1985, que establece ahora que cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial, se computará el periodo durante el que el trabajador haya permanecido en alta, con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Con lo cual, parecía que se daba carpetazo definitivamente al criterio de día trabajado día cotizado, por discriminatorio.

Sin embargo, ahora debemos volver a la solución día trabajado, día cotizado, al menos a la hora de calcular la base reguladora. Así, si el trabajador tiene menos de 15 años cotizados, se sigue aplicando el art. 248.3 *in fine* LGSS: “Cuando el interesado acredite un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años”.

Así, el tener menos de 15 años cotizados, seguirá sin impedir el acceso a la pensión. De tal modo que se mantiene lo bueno de la regulación anterior. Sin embargo, ya no tendrá efectos sobre la cuantía final, al calcularse el porcentaje de la base reguladora sobre días naturales.

Así nos lo aclara también el Criterio 17/2019 del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

⁵ PÉREZ DEL PRADO, D., “Otro toque del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial: reflexiones al hilo del caso Espadas Recio”, Revista de Información Laboral, nº. 4, 2018.

Lo que se modifica es la remisión que hace el art. 248.3 LGSS al art. 347 LGSS para el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión. Que ahora se calculará sobre los años reales trabajados.

Así, con la normativa anterior, con 18 años cotizados a media jornada, se calculaba 9 años a tiempo parcial. Se le aplicaba el coeficiente corrector del 1.5 y salían 13.5 años. Lo cual suponía un 45% de la base reguladora. Ahora, 18 años enteros cotizados suponen un 57.56% de la base reguladora.

Que afectará a los expedientes a partir de 12 de agosto de 2019, fecha de la publicación de la Sentencia en el BOE. A los expedientes pendientes de resolver y a los que no sean firmes todavía, por no haber transcurrido el plazo para reclamar en vía judicial y no se hubiera hecho. Estos se revisarán de oficio.

De unos 8.500 expedientes, aproximadamente, se verán afectados unos 2.200, que verán la cuantía de su pensión aumentada de media en un 4%. El resto no se verán afectados porque ya llegaban al 100% de la base reguladora, bien por tener jornadas iguales o superiores al 67% (lo cual con el coeficiente de 1.5 ya llegaban al 100%), bien porque tenían reconocidos complementos a mínimos.

4. TRABAJADORES TEMPORALES

Sin embargo, nada se dice sobre los trabajadores temporales. Este colectivo de trabajadores presentan problemas muy parecidos con los trabajadores a tiempo parcial, pues no deja de ser un supuesto de parcialidad, aunque en este caso normalmente planteado a lo largo de toda una vida laboral. Dificultades de reunir los periodo de carencia exigidos por las prestaciones, al trabajar menos tiempo, aunque se vaya simultaneando con periodos de desempleo, pero no siempre. Por lo tanto hay muchas lagunas de cotización y los periodos de desempleo tienen bases muy inferiores, lo que reduce las cuantías de las prestaciones futuras.

Lo primero que se le ocurre a uno cuando piensa en posibles soluciones para facilitar el acceso a la pensión de jubilación de este colectivo de trabajadores, es precisamente eso, tratarlos como un colectivo con un problema específico, del cual no se ha tomado conciencia, a diferencia de los trabajadores a tiempo parcial, que presentan problemas muy parecidos, pues no deja de ser un supuesto de parcialidad, aunque en este caso normalmente planteado a lo largo de toda una vida laboral.

En primer lugar, una posible solución sería la aplicación de la normativa laboral y más concretamente, de contratación temporal fraudulenta, que sería un debate distinto. Esto es, el control de la causa de los contratos temporales. Si mantenemos la causalidad y la controlamos eficazmente a través de más medios de Inspección o un control efectivo en las Oficinas de Empleo. Esto es que se controle si existe causa o no para celebrar el contrato cuando se registre en la oficina de empleo y no sea meramente a efectos estadísticos. O si damos por perdido el debate de la causa de la temporalidad y vamos al contrato único o al modelo anglosajón con porcentajes máximos de contratos temporales, de acuerdo con la plantilla total de la empresa, etc. Las presunciones de conversión en indefinidos, si es una contratación temporal fraudulenta se convierte en indefinido, art. 15.3 del E.T. o sin tener en cuenta el carácter fraudulento o no del contrato, por el sólo hecho de encadenar distintos

contratos temporales sucesivos durante más de 24 meses con el mismo trabajador, art. 15.5 del ET. Puede darse que estas presunciones no se lleguen a aplicar porque el trabajador no reclame, etc.

En consecuencia, una primera solución que me viene a la mente sería la aplicación retroactiva de la normativa laboral que no se haya aplicado en su momento, porque el trabajador no haya denunciado, etc. Obviamente, en el momento de la jubilación, sería ver si ha habido incumplimiento, más bien del art. 15.5 del ET, porque no sería viable analizar ya a toro pasado la causalidad o carácter fraudulento de cada contrato temporal que se haya celebrado en su momento, vía art. 15.3 del ET. Pero si sería relativamente fácil ver la carrera laboral del trabajador y ver si ha estado contratado con sucesivos contratos temporales para la misma empresa durante más de 24 meses y aplicar retroactivamente la conversión en indefinido, aunque sólo sea a efectos de otorgarle un periodo de cotización ficticia para reunir los periodos de carencia y aumentar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación.

En segundo lugar, al igual que se hace con otros colectivos con dificultades para acceder a la pensión de jubilación, otra posible solución sería el otorgar un determinado periodo de cotizaciones ficticias, a efectos de reunir la carencia genérica o el periodo previo de cotización exigida para acceder a la pensión de jubilación. Así, o bien a efectos globales se les otorga a este colectivo de trabajadores un periodo de cotización en general, por regla general o ya se les otorga un periodo específico, en función de sus concretas circunstancias personales. Por ejemplo, computar como tiempo cotizado, a efectos de reunir la carencia genérica, los días correspondientes a las distintas indemnizaciones por fin de contrato temporal que se le haya abonado a lo largo de la vida laboral. O, por ejemplo, a estos efectos, considerar como periodo cotizado el tiempo que hubiera transcurrido inscrito en la Oficina de Empleo, aun cuando no se tenga derecho a la prestación por desempleo, como ocurre con la situación asimilada al alta, pero en este caso a efectos de reunir el periodo de carencia exigible para tener derecho a la pensión de jubilación.

Ahora bien, esto sería recurrir a la normativa laboral de forma retroactivo y podría ser una solución. Pero ahora, centrándonos estrictamente en el debate de Seguridad Social, desde la perspectiva de las dificultades que tiene este colectivo para acceder a la pensión de jubilación.

Mi primera reacción sería hacer extensible a este colectivo las propuestas que se han ido aplicando al colectivo de trabajadores a tiempo parcial.

Así, en primer lugar, lo que se me ocurre es volver a aplicar la tesis de los días cuota. Esto es, volver a computar la cotización por las pagas extraordinarias para cumplir los periodos de cotización previa o de carencia de la pensión de jubilación, que se eliminaron con la reforma de 2007. De tal modo que cada año computaría como 14 meses cotizados, a razón de dos pagas extraordinarias por año. En consecuencia, se reuniría el periodo mínimo de carencia de 15 años con poco más de 12 años y medio de trabajo y cotización real.

Aplicar el coeficiente corrector de parcialidad del 1,5, tanto para reunir los periodos previos de cotización o de carencia, como para calcular la base reguladora. De tal modo que tener menos de 15 años cotizados no impedirá acceder a la pensión. Sin embargo, si tendrá

efectos sobre su cuantía final, al calcularse ajustando el porcentaje de la base reguladora a su concreta parcialidad, permitiendo acceder a pensiones con bajas carreras de seguro, en supuestos de precariedad. De este modo se evitaría que no se pudiera acceder a la pensión de jubilación por no tener la carencia genérica requerida.

O tal vez una ratio de años cotizados, porcentaje aplicable a la base reguladora, menos exigente que el supuesto ordinario. De tal forma que con menos años cotizados, los porcentajes aplicables a la base reguladora sean más elevado. Así, por ejemplo, 100% de la base reguladora con 25 años cotizados a lo largo de la vida laboral, etc.

Una vez cumplida la carencia genérica y por lo tanto teniendo derecho a la pensión de jubilación, para evitar los efectos de una pensión reducida, por pocos años de cotización a lo largo de la vida laboral, en cuanto a que no deja de ser un supuesto de parcialidad, aunque en este caso normalmente planteado a lo largo de toda una vida laboral. Aplicar un coeficiente de parcialidad, en comparación con una carrera asegurativa ordinaria. El problema aquí, obviamente, sería qué tenemos en cuenta como carrera asegurativa ordinaria, a efectos comparativos, pues evidentemente una cosa es lo que venían trabajando y cotizando de forma habitual los trabajadores y otra cosa muy distinta es lo que puede pasar en el futuro, precisamente por el alto porcentaje de temporalidad o precariedad que existe. Creemos que en este caso, lo más adecuado y justo sería comparar con los años que exige la normativa reguladora para tener derecho al 100% de la base reguladora de pensión de jubilación, esto es 35 años o 38, cuando entre en vigor plenamente la reforma de 2011. Luego hay que sumar todo el tiempo trabajado computable, ya sea en horas o en días (porcentaje de jornada), no para determinar la carencia, sino para determinar el porcentaje de jornada realizada respecto de la jornada realizada por un trabajador comparable en el periodo de alta, a efectos finales de la calcular la cuantía de la pensión. Así, por ejemplo, si tomamos como referencia de comparación de una carrera asegurativa ordinaria los 35 años que se exigían antes para tener derecho al 100% de la base reguladora de la pensión de jubilación, y tenemos un trabajador que con contratos temporales y periodos de desempleo subsidiado ha cotizado a lo largo de su vida laboral 17 años y 6 meses. Esto es, el 50% de la carrera comparativa. De tal modo que sumaríamos al 50% básico de la base reguladora, un 25% adicional, quedando el porcentaje aplicable a la base reguladora en un 80% con la regulación antigua y más o menos en un 72% con la nueva regulación, tras la reforma de 2011.

Ahora bien, como este colectivo de trabajadores también son mayoritariamente mujeres, se podría plantear también la discriminación de estas soluciones y la alternativa sería, año trabajado, aun cuando sean menos meses, computa como año cotizado.