

## Pensión de Jubilación parcial con periodos de trabajo concentrados. Derecho a la prestación por desempleo por ERTE. Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2022

### Partial retirement pension with concentrated periods of work. Right to unemployment benefit by ERTE. Commentary on the STS of 27 September 2022

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y la  
Seguridad Social. Universitat de València.  
Of Counsel de Alentta Abogados*

 <https://orcid.org/0000-0003-1460-4801>

Cita Sugerida: TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «Pensión de Jubilación parcial con periodos de trabajo concentrados. Derecho a la prestación por desempleo por ERTE. Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 113-118

#### Resumen

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante ostenta el derecho a la prestación por desempleo por suspensión de la relación laboral que lo era a tiempo parcial, por pasar a jubilación parcial, habiendo acumulado y atendido las horas de servicio con anterioridad a la suspensión que acordó la empresa. Sin encontrarse, por lo tanto, trabajando el trabajador en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, pero sí abonando la empresa el salario mensual y cotizando a la Seguridad Social.

#### Abstract

The issue raised in the appeal for the unification of doctrine focuses on determining whether the claimant is entitled to unemployment benefit due to the suspension of the employment relationship, which was part-time, because they went into partial retirement having accumulated and completed the hours of service prior to the suspension agreed by the company. The employee was therefore not working at the time of the suspension of the employment contract, but the company was paying the monthly salary and paying social security contributions

#### Palabras clave

Jubilación parcial; trabajo concentrado; ERTE; suspensión del contrato de trabajo; desempleo

#### Keywords

Partial retirement; concentrated work; ERTE; suspension of employment contract; unemployment

## 1. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES DE HECHO

La acumulación o compactación de los periodos derivados de la jornada laboral pactada en jubilación parcial es una práctica relativamente frecuente, si bien sin una cobertura normativa expresa. Sin embargo, esta situación ha sido considerada como no contraria a legalidad por la doctrina casacional, como se deriva de la STS UD 29.03.2017 -Rec. 2142/2015-, con el precedente de la STS UD 19.01.2015 -Rec. 627/2014-. Sin embargo, esta posibilidad -“al legal”- determina una evidente complejidad aplicativa en el terreno contractual y concretamente en la cuestión objeto de debate.

Los demandantes, entre el 16 y el 24 de agosto de 2016 presentaron solicitud de alta inicial/reanudación de prestación por desempleo al amparo del procedimiento de suspensión colectiva de contratos autorizado a la empresa Nylstar SAU, en virtud del cual los contratos de los trabajadores permanecieron suspendidos desde el 15/08/2016 hasta el 30/12/2016 (expediente administrativo). SEGUNDO. - Los demandantes desde se hallan en situación de jubilación parcial de modo que su

jornada es de 262,80 horas/anuales. Dicha jornada por acuerdo entre las partes se acumuló de modo que el actor trabajó efectivamente durante 125 días laborables siguientes a la fecha de modificación de sus respectivos contratos. Aun así, los trabajadores percibieron de forma mensual su salario, realizándose también mensualmente las cotizaciones a la Seguridad Social (expediente administrativo). TERCERO. - Por resoluciones de octubre de 2016, el SPEE denegó la reanudación/alta inicial de la prestación por desempleo debido a que en el período de afectación del ERE de suspensión, los demandantes se encontraban en situación de jubilación parcial, habiendo acordado con la empresa la concentración de su jornada anual correspondiente durante 125 laborables, resultando de lo anterior que en el período de suspensión acordada por el ERE no habría habido pérdida de ocupación efectiva.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante ostenta el derecho a la prestación por desempleo por suspensión de la relación laboral que lo era a tiempo parcial, por pasar a jubilación parcial, habiendo acumulado y atendido las horas de servicio con anterioridad a la suspensión que acordó la empresa y por lo tanto no trabaja en el momento de suspensión del contrato de trabajo, aunque la empresa le siga abonando el salario mensual y cotizando a la Seguridad Social.

## 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La cuestión suscitada en el recurso ha sido ya resuelta por el Alto Tribunal, en recursos de unificación de doctrina en los que se invoca la misma sentencia de contraste (SSTS de 4 de noviembre de 2020; Rcu. 3375/2018; de 11 de noviembre de 2020, Rcuds. 3376/2018, 3385/2018, 3247/2018 y 3337/2018 y de 11 de mayo de 2022, Rcu. 559/2019), en el sentido de rechazar como correcta la doctrina de la sentencia referencial, habiendo confirmado, por el contrario, el criterio que la sentencia recurrida contiene y que, precisamente, es reproducción de un precedente que fue confirmado. Efectivamente, la STS de 11 de noviembre de 2020, rcu. 3247/2018, confirmó la sentencia del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en el rec. 1792/18, y que constituye el sustento jurídico de la aquí recurrida. En aquella, partiendo de los mismos preceptos legales que aquí se denuncian como vulnerados, se dijo lo siguiente que no es posible hablar de situación legal de desempleo en quién ha atendido la jornada concertada y ha percibido por ello su salario, sin que la suspensión de la relación laboral que se haya adoptado por la empresa tenga la condición que exige el concepto de situación legal de desempleo, en la que no hay prestación de servicios ni se percibe salario. El trabajador ha desarrollado la actividad laboral con la correspondiente contraprestación al haber acumulado toda la que tenía que atender en un momento en el que no existía ninguna situación afectada por ERTE, y que, de no existir esa acumulación no hubiera podido llevarla a cabo en caso de haberse suspendido dicha relación, dejando de prestar los servicios y sin percibir el salario. Y en esa línea se ha dicho que “no concurre el requisito de la prestación por desempleo exigido por el artículo 203.2 LGSS-94 consistente en el cese de la actividad del trabajador. No se ha producido una suspensión de su relación laboral porque la suspensión del contrato de trabajo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (Artículo 45.2 ET) “. La aplicación de la anterior doctrina al caso nos permite entender que la solución alcanzada en la aquí recurrida es la ajustada a derecho por cuanto que los trabajadores había compactado el 15% de la jornada en los 125 días laborales posteriores a la jubilación parcial, de forma que en el periodo de 15 de agosto a 31 de diciembre de 2016 -espacio de tiempo de suspensión colectiva de los contratos- no había situación legal de desempleo que pudiera generar la prestación que se reclama ya que los trabajadores cubrieron debidamente su jornada y percibieron por ella su salario.

## 3. SOLUCIÓN ALTERNATIVA

En realidad, podríamos remitir a la disposición adicional 3ª del RD 1131/2002, relativa a las cotizaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial con trabajo concentrado en periodos inferiores a los de alta, que supone que, si el actor tiene una relación laboral indefinida a tiempo

parcial, la situación legal de desempleo se acreditará en los términos del art. 208.1, 2 o 3 LGSS, es decir por la extinción, suspensión o reducción de la jornada laboral. Y como los trabajadores acreditan que su relación laboral se ha suspendido, procedería reconocer el derecho a percibir las prestaciones por desempleo.

En este sentido, la acumulación o la concentración de los períodos derivados de la jornada laboral pactada en jubilación parcial es una práctica relativamente frecuente, si bien sin una cobertura normativa expresa. Sin embargo, como se deriva de la STS UD 29.03.2017 -Rec. 2142/2015-, con el precedente de la STS UD 19.01.2015 -Rec. 627/2014-, esta posibilidad -“al legal”- determina una evidente complejidad aplicativa en el terreno contractual, como el caso analizado pone en evidencia<sup>1</sup>.

En efecto, podríamos compartir la solución que nos ofrece el Alto Tribunal si a lo largo del período acumulado -con jornada completa- la retribución del trabajador hubiera sido la íntegra, limitándose posteriormente la empresa únicamente a cumplir con sus obligaciones de cotización y con el abono de las pagas extraordinarias. En este supuesto no habría ninguna obligación de sustituir las rentas correspondientes a través de la prestación de desempleo en el caso de un ERTE suspensivo, pudiéndose incluso alegar que su cobro constituiría un enriquecimiento injusto. Ahora bien, si a lo largo del tiempo de compactación la persona afectada sólo ha percibido el salario correspondiente al tiempo parcial acordado y lo ha seguido haciendo a lo largo de todo el tiempo de duración de la jubilación parcial es evidente que la equivalencia retributiva ponderada que se deriva del marco regulador de la prestación ahora analizada quebraría, dado que la parte de retribución correspondiente a la suspensión a pagar por la empresa no existiría. Hay que hacer especial énfasis en la consideración de que el riesgo protegido por la prestación de desempleo no es la pérdida del trabajo, sino de las rentas que el trabajo asalariado comporta.

Pues bien, en el presente caso la empresa y trabajador acordaron el pago salarial a lo largo de todo el período de jubilación parcial a razón del 15 por ciento de la jornada. No enerva dicha conclusión el hecho de que el art. 47 ET contemple efectos suspensivos tanto de la prestación laboral, como del salario.

En consecuencia, es claro y evidente que, si bien el trabajo efectivo se acumuló en jornada completa antes de la suspensión del art. 47 ET, la retribución contractual con cargo a la empresa no se compactó en dicho período, sino que se pagó periódicamente a razón de la jornada a tiempo parcial. Por tanto, la resolución administrativa denegatoria privó al demandante de las rentas de sustitución correspondientes de la prestación por desempleo.

Ahora bien, esta lógica hermenéutica sitúa los términos del debate no tanto en relación a los arts. 262.2 y 267.1 b) 1º LGSS, sino respecto al art. 47 ET. Así, habrá que indicar que tras la reforma legal operada por el RDL 3/2012 la decisión suspensiva -o de reducción de jornada- es ahora competencia unilateral de la empleadora, sin intervención administrativa, debiendo sin embargo cumplirse con los requisitos de negociación que se observan en la citada norma estatutaria. En esta tesitura la ley prevé un trámite de información a la autoridad laboral, que ha dado traslado al SPEE, en forma tal que, si existe acuerdo en el período de consultas, la entidad gestora debe solicitar a la autoridad laboral que formule procedimiento de oficio por la vía del art. 148 b) LRJS, si considera que no existe “causa motivadora de la situación de desempleo” (art. 47.1 ET).

De esta forma el marco legal vigente determina que el requisito de acceso a la prestación de desempleo se sitúe en el propio acto decisorio de la empresa una vez cumplidos los requisitos legales, como se deriva del art. 267.3 a) LGSS. En esta tesitura parece claro que la entidad gestora podrá

<sup>1</sup> LÓPEZ INSUA, B.M., “La jubilación parcial”, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dir.), *La pensión de jubilación*, Comares, Granada, 2015, MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Jubilación parcial y acumulación de jornada”, *Información Laboral*, Núm. 5, 2015, MARTÍNEZ-BOTELLO, P., “Sobre la acumulación de la totalidad de la jornada de trabajo en los contratos de jubilación parcial anticipada”, *Información Laboral*, Núm. 10, 2014, ÁLVAREZ CUESTA, H., “Jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación anticipada sin coeficiente reductor”, *Revista IUSLabor* 2, 2017.

denegar la prestación por no cumplirse los requisitos legales de carencia, encuadre y demás exigencias del art. 266 LGSS. Ahora bien, difícilmente -al menos, si existe acuerdo- podrá negar la existencia de hecho causante (al igual que tampoco podrá negar la declaración judicial de extinción del contrato por la vía del art. 50 ET): por tanto, si considera que la persona asalariada no tiene el derecho a la prestación deberá instar el procedimiento de oficio, sin que concurra autotutela administrativa<sup>2</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Sabido es que existen empresas que han venido siguiendo la práctica de acumular las jornadas de los trabajadores que accedían a la situación de jubilación parcial en el primer año o primeros meses de vigencia de la misma. De este modo, los jubilados parciales concentran la prestación de sus servicios durante el primer año del contrato, desvinculándose de la actividad productiva de la empresa durante el resto de su relación laboral hasta la fecha de su jubilación total, si bien durante ese tiempo mantienen la retribución y alta y cotización en la Seguridad Social. Los órganos gestores de la Seguridad Social, la Inspección de Trabajo y los Tribunales venían interpretando esta práctica como constitutiva de un fraude de ley por parte de las empresas dado que, de facto, ello supone la extinción del vínculo laboral con el trabajador y, por tanto, estaríamos realmente ante el supuesto de la anticipación de la jubilación, con la consiguiente incidencia en la pensión, esto es, la necesaria aplicación de los coeficientes reductores según la edad de verdadero cese en la actividad laboral. La regulación legal de la figura de la jubilación parcial no da respuesta a esta situación, pues la única previsión normativa al respecto la encontramos en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial así como la jubilación parcial, que alude a la posibilidad de que empresa y trabajador puedan acordar que las horas anuales del contrato de jubilación parcial se realicen de forma concentrada en determinados periodos de cada año; es decir, la norma admite expresamente la acumulación anual de la jornada, pero no dice nada acerca de la acumulación interanual. Hasta ahora había solo algún pronunciamiento judicial muy aislado que, partiendo del análisis de la incidencia de esta práctica en la validez del contrato de relevo a la hora de su extinción, contradecía el criterio mayoritario sosteniendo la validez de la acumulación interanual de la jornada del jubilado parcial. El Tribunal Supremo parece haber zanjado esta cuestión en su Sentencia de 19 de enero de 2015, en la que analiza la validez de la extinción de un contrato de relevo en un supuesto en el que el trabajador relevado concentró su jornada reducida del 15% en los nueve meses siguientes a la celebración del contrato de relevo y la jubilación parcial, sin prestar servicios después de ello, pero manteniéndose en alta en la empresa, la cual continuó cotizando por él hasta la fecha de su jubilación total. La respuesta del Tribunal Supremo en este caso es la validez de la extinción del contrato de relevo una vez alcanzada por el relevado la edad de jubilación ordinaria; y ello por cuanto considera que el contrato de relevo debe ajustarse al cumplimiento de sus propios requisitos formales y materiales, por lo que, cumplidos estos, la extinción del mismo, llegada la fecha de su vencimiento debe calificarse como una válida extinción del contrato temporal. Y a ello añade, respecto a la existencia o no de fraude en el contrato de jubilación parcial cuando la prestación de servicios se concentra en un determinado lapso de tiempo, aunque ciertamente no es el núcleo del debate, que, si bien se trata de una situación anómala, no es fraudulenta. Para alcanzar tal convicción el Tribunal Supremo parte del concepto propio de “jubilación”, según el cual consiste en una situación de necesidad generada por la ausencia de rentas salariales determinada por el cese en el trabajo a causa de la edad y acompañada del cese en las cotizaciones. Pues bien, el Alto Tribunal concluye en el caso debatido que no puede entenderse que exista una jubilación anticipada del trabajador relevado porque ha continuado el percibo de la retribución, el trabajador relevado ha persistido en alta en la Seguridad Social y se ha mantenido el ingreso de las correspondientes cotizaciones durante el período que media

<sup>2</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014. ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M., “La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº. 10, 2019. SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., “Criterios jurisprudenciales entorno a la jubilación parcial”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 22, 2010.

entre la jubilación parcial y la edad ordinaria de jubilación. La resolución es relevante porque, pese a que tenía por objeto analizar la validez y posterior cese del contrato del trabajador relevista, descarta la existencia de un fraude de ley derivado de la práctica de la acumulación interanual de la jornada del jubilado parcial, si bien califica esta práctica como un “supuesto anómalo”.

Vemos que el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2015 no resolvía expresamente la cuestión indicada, ya que se pronunciaba sobre la legalidad del contrato del relevista a pesar de la concentración de la jornada del jubilado parcial en un único periodo, no sobre la legalidad de dicha concentración. En cambio, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2017 sí se pronuncia expresamente sobre la práctica señalada, concluyendo que la misma no es ilegal si media acuerdo con el jubilado parcial al respecto. Y los argumentos en los que el Tribunal Supremo fundamenta su Sentencia son los siguientes:

La ausencia de específico tratamiento normativo de la concentración de la jornada del jubilado parcial en un único periodo no implica ilegalidad alguna, sino que, partiendo de la libertad de pacto que impera en nuestra legislación, tal consecuencia de ilegalidad solo es sostenible cuando media fraude, el cual no concurre en el caso analizado por los motivos que a continuación se exponen.

Se cumplen las finalidades de la jubilación parcial que atienden al mercado de empleo y a las necesidades financieras, por cuanto, en relación a las primeras, se mantiene la vigencia del contrato de relevo hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación del jubilado parcial y, en lo que respecta a las segundas, y pese a la concentración de la jornada, se ingresan las cotizaciones de todo el periodo de jubilación parcial hasta la jubilación ordinaria del trabajador jubilado parcialmente, así como las del trabajador relevista hasta la finalización de su contrato.

También se entiende cumplida la finalidad de acceso paulatino a la jubilación, señalando a este respecto que esta finalidad está prevista en exclusivo beneficio de quien se jubila y éste es el que precisamente renuncia a ese escalonado cese en el trabajo.

Finalmente, en la situación de jubilación parcial, aunque se concentre la jornada de todo el periodo de jubilación parcial en el primer año, el jubilado parcial sigue recibiendo sus retribuciones, persiste su alta en Seguridad Social y el ingreso de las cotizaciones, todo ello prorrateado durante todo el periodo de jubilación parcial.

En definitiva, la Sentencia avala la legalidad de la práctica de concentrar la jornada de todo el periodo de duración de la jubilación parcial en el primer año, siempre que, mediando acuerdo al respecto con el jubilado parcial, se cumplan los demás requisitos de la jubilación parcial (mantenimiento del contrato del relevista hasta la jubilación ordinaria del jubilado parcial y que el jubilado parcial siga recibiendo sus retribuciones, persista su alta en Seguridad Social y el ingreso de las cotizaciones, todo ello prorrateado durante todo el periodo de la jubilación parcial)<sup>3</sup>.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial arriba expuesta, es lícito que empresa y trabajador pacten el acceso a la jubilación parcial anticipada acumulando las horas a trabajar (ya sea en el primer año de jubilación parcial, o en cada uno de los años que falten hasta la jubilación). La acumulación de la jornada en la jubilación parcial supone que el trabajador jubilado parcial, fuera del período en que se concentra su jornada, estará sin trabajar y quedará desvinculado de la actividad productiva de la empresa. Hemos dicho ya que el TS permite que empresas y trabajadores pacten la acumulación de todas las horas en los primeros meses del primer año. De ese modo se deja de trabajar definitivamente una vez se presten los servicios durante las horas acumuladas. En todo caso,

<sup>3</sup> LÓPEZ INSUA, B.M., “La jubilación parcial”, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ CUMBRE, L. (DIRS.), *La pensión de jubilación*, Comares, Granada, 2015, MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Jubilación parcial y acumulación de jornada”, *Información Laboral*, Núm. 5, 2015, MARTÍNEZ-BOTELLO, P., “Sobre la acumulación de la totalidad de la jornada de trabajo en los contratos de jubilación parcial anticipada”, *Información Laboral*, Núm. 10, 2014, ÁLVAREZ CUESTA, H., “Jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación anticipada sin coeficiente reductor”, *Revista IUSLabor* 2, 2017.

la cotización sí que se deberá repartir a lo largo de todo el año mientras no se extinga la relación laboral (con independencia de la forma de abono del salario)”.

Esto es lo que ocurre en el presente supuesto, en el cual los trabajadores desarrollaron en forma completa su jornada parcial derivada de la jubilación parcial durante los primeros meses del año, más concretamente en los primeros 125 días laborables posteriores a la jubilación parcial. Su contrato de trabajo quedó afectado por el expediente de suspensión de contratos 30/2016 de la empresa, concretamente entre los días 15 de agosto de 2016 y 31 de diciembre de 2016. Pese a la acumulación de jornada, la empresa venía satisfaciendo a la actora, previamente a la suspensión de contratos, una remuneración mensual de 331,21 euros, que se deja de percibir en el período de suspensión, excepto las pagas extras en forma proporcional, manteniendo en todo momento las cotizaciones correspondientes. Por lo tanto, la prestación por desempleo sí que viene a sustituir las rentas que percibían los trabajadores.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, H., “Jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación anticipada sin coeficiente reductor”, *Revista IUSLabor* 2, 2017.
- LÓPEZ GANDÍA, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014.
- LÓPEZ INSUA, B.M., “La jubilación parcial”, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.), *La pensión de jubilación*, Comares, Granada, 2015.
- MARTÍNEZ-BOTELLO, P., “Sobre la acumulación de la totalidad de la jornada de trabajo en los contratos de jubilación parcial anticipada”, *Información Laboral*, Núm. 10, 2014.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Jubilación parcial y acumulación de jornada”, *Información Laboral*, Núm. 5, 2015.
- ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M., “La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº. 10, 2019.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., “Criterios jurisprudenciales entorno a la jubilación parcial”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 22, 2010.