

La exigencia del cómputo de un período de carencia más amplio a las trabajadoras a tiempo parcial para generar la pensión de jubilación (En torno a la Sentencia de la Sala Primera 72/2013, de 8 de abril de 2013): los principios del fin de una regulación ya eliminada

INMACULADA BALLESTER PASTOR
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón
Vocal de la Junta Directiva de la AESSS
 <https://orcid.org/0000-0002-5198-8923>

I. LA DOCTRINA DE LA STC 72/2013: SOBRE LO PERJUDICIAL DE LAS REGLAS QUE REGULABAN EL CÓMPUTO DE LA VIDA LABORAL EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

La presente Sentencia resuelve el Recurso de amparo 154/2008 promovido por D^a Dolores Moreno del Arco, en relación con las Sentencias del Juzgado de lo Social nº 1 de Jaén, de 9 de enero de 2006, dictada en autos núm. 504-2005 sobre prestaciones de Seguridad Social; de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, Granada, de 5 de diciembre de 2006, que confirmó la anterior Resolución al desestimar el recurso de suplicación formalizado por la demandante de amparo, y del Auto de 10 de octubre de 2007 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que inadmitió el sucesivo recurso de casación para la unificación de doctrina. Las mentadas Resoluciones desestimaron la demanda de jubilación de la solicitante del amparo al no reunir ésta —trabajadora a tiempo parcial— el periodo mínimo de cotización de 15 años de carencia genérica exigido en el art. 161.1.b) TRLGSS.

El Tribunal otorga el amparo solicitado al entender que se ha producido la vulneración del derecho a la igualdad en la ley y del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), tras hacer suya la doctrina contenida en la Sentencia 61/2013¹, de 14 de marzo, por la que el Pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la DA 7^a de la LGSS, Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre.

La mentada Sentencia 61/2013, de 14 de marzo, daba respuesta a una cuestión de constitucionalidad presentada por el TSJ de Galicia y supuso la inmediata recepción por la jurisprudencia constitucional de la Sentencia del TJUE (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*², en donde se concluía que la normativa existente en nuestro país —acerca del cómputo del tiempo cotizado para el acceso a la prestación por jubilación de las trabajadoras a tiempo parcial— iba en contra del principio de igualdad de trato y suponía una discriminación indirecta por razón de sexo.

¹ El pronunciamiento anula las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1 de Jaén, de 9 de enero de 2006, dictada en autos núm. 504-2005; de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 5 de diciembre de 2006 y el Auto de 10 de octubre de 2007 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, así como la Resolución de la Dirección provincial de Jaén del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 16 de junio de 2005 retrotrayendo también las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la Resolución administrativa que deniega la pensión a fin de que se dicte una nueva Resolución respetuosa con el art. 14 CE.

² Asunto C-385/11, ECLI:EU:C_2012:746.

La STC 61/2013 alude en su Fundamentación, también, a la previa Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre, que también había declarado la inconstitucionalidad de la regulación cuestionada, aunque en la redacción previa a la aquí debatida.

Sostiene el Tribunal Constitucional que la exigencia de que en la determinación de los períodos de cotización de la pensión de jubilación se computen exclusivamente las horas trabajadas perjudica a las trabajadoras a tiempo parcial, lo que conduce a otorgar el amparo solicitado. El presente pronunciamiento acoge la doctrina sentada en la STC 61/2013, aunque, al tratarse de un recurso de amparo sus efectos tienen un ámbito de aplicación particular³; ello da lugar a retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la Resolución administrativa que deniega la pensión de jubilación a la solicitante de amparo.

II. ANÁLISIS DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

1. La postura de la solicitante del amparo: la regulación supone una falta de proporcionalidad y una injustificada dificultad de acceso a la pensión de jubilación para las trabajadoras a tiempo parcial

La demandante de amparo, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, solicita pensión de jubilación en fecha 7 de junio de 2005 y la petición es denegada por la Resolución de la Dirección Provincial de Jaén del INSS, de 16 de junio de 2005, razonándose que no reúne el período mínimo de cotización de quince años de carencia genérica prescrito en el art. 161.1 b) del TRLGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el apartado uno del art. 4º de la Ley 24/1997, de 15 de julio, «ya que solo son computables 2.070 días incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (cotizaciones efectuadas tiempo parcial)», siendo necesario reunir 5.465 días. Según los hechos probados, la demandante tiene acreditados como períodos de cotización a tiempo parcial los comprendidos entre el 1 de marzo de 1990 y el 17 de septiembre de 2002 y entre el 18 de septiembre de 2002 y el 31 de mayo de 2005.

Una vez agotada la vía previa, se interpone demanda contra la denegación del INSS, demanda que se desestima por la Sentencia de 9 de enero de 2006 del Juzgado de lo Social nº 1 de Jaén. Entiende el juzgador que las normas aplicables al conflicto —la DA 7ª TRLGSS y el art. 3º del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial— resultan acordes con lo establecido en el art. 12.4 d) del ET y con el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE, toda vez que en ellos se trata de asegurar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, lo que, sin embargo, no implica una igualdad absoluta entre el cómputo de las cotizaciones efectuadas por un trabajador que realiza jornada completa y uno con jornada parcial, pues las situaciones que se comparan no son idénticas, sino diferentes, existiendo una base objetiva razonable para que el cálculo de sus cotizaciones se produzca de forma distinta.

Contra la citada Sentencia se interpone recurso de suplicación, recurso que es desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 5 de diciembre de 2006, reiterando el criterio formulado por el anterior Juzgador, entendiendo que la diferencia normativa en las cotizaciones exigibles en el contrato de trabajo a tiempo completo y el contrato a tiempo parcial no resulta contraria al principio de igualdad y no discriminación proclamada por la Constitución pues tales normas aseguran la protección del trabajador a tiempo parcial, sin que el hecho de no imponer una igualdad absoluta entre el cómputo de las cotizaciones efectuadas por un trabajador que realiza jornada completa y uno que realiza jornada parcial suponga trato discriminatorio alguno.

³ Otros recursos de amparo en los que, también, otorgaron el mismo amparo en base a la nulidad decretada por la STC 61/2013 fueron las Sentencias del Tribunal Constitucional 71/2013; 116/2013 y 117/2013.

Entiende el Tribunal que no se da en la regulación actual la situación que censura el Tribunal Constitucional en su Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, pronunciamiento que sí había declarado inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 12.4 LET, en cuanto que establece que, para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computan exclusivamente las horas trabajadas. La actual regulación, en cambio, dice la Sala, adecúa al principio de proporcionalidad las situaciones de cotización de los trabajadores a tiempo parcial y a jornada completa, situaciones desiguales que justifican la regulación atenuada con criterios o coeficientes correctores.

Una vez interpuesto el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la anterior Sentencia, éste se inadmite por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2007, por falta de contradicción entre las Sentencias a contraste, toda vez que en ellas se aplican previsiones normativas no coincidentes.

La demandante solicita, entonces, el amparo, por la infracción del art. 14 CE, al entender que sí debe aplicarse la doctrina constitucional contenida en las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre y la STC 50/2005, de 14 de marzo.

Según la demandante, la regulación que le ha sido aplicada intenta atemperar el cálculo del período de cotización en el trabajo a tiempo parcial, pero no logra el fin perseguido, tal como queda acreditado en su caso dado que con quince años y dos meses de cotización a tiempo parcial ha obtenido sólo la acreditación real de 2.070 días, por lo que para alcanzar los 5.465 días requeridos se precisaría acreditar más de treinta años de cotización. Entiende la demandante que se produce una absoluta falta de proporcionalidad y una injustificada dificultad de acceso a la prestación. La nueva regulación legal, por tanto, sostiene la demandante, no elimina los vicios de inconstitucionalidad contenidos en la que norma que ya fue anulada en su día por el Tribunal Constitucional, sino que incide en ellos, disponiendo para las mujeres trabajadoras a tiempo parcial un sistema de acceso a la prestación contributiva por jubilación desproporcionado, de injustificada dificultad para ser acreedor del derecho y, por darse especialmente en el empleo femenino, discriminatorio indirectamente por razón del sexo.

2. El INSS y el Ministerio Fiscal: la legislación atiende a criterios de proporcionalidad atendiendo al inferior esfuerzo y desgaste del trabajador a tiempo parcial

La representación del INSS⁴ presenta sus alegaciones con fecha 5 de mayo de 2011 y solicita la desestimación del recurso destacando que la legislación aplicada atiende, con criterios de proporcionalidad, al esfuerzo y desgaste del trabajador a tiempo parcial, inferior al propio de quien trabaja a tiempo completo, así como a la contribución económica al sistema, diferencias sustanciales éstas que justifican la distinta regulación normativa de sus situaciones, ya que lo contrario sería discriminatorio para los trabajadores a tiempo completo.

El Fiscal, por su parte, mediante escrito registrado el día 9 de mayo de 2011, interesa la denegación del amparo solicitado. Según el Ministerio público, la jubilación es una prestación contributiva, y por ello, dependiente de las cotizaciones del sujeto protegido y la finalidad perseguida con el diferente trato normativo no es otra que el equilibrio económico del sistema de la Seguridad Social, esto es, su viabilidad, estableciendo requisitos adaptados a las peculiares características de las respectivas modalidades contractuales e instaurando reglas proporcionales que atienden al tiempo efectivamente trabajado en cada supuesto, para completar el período mínimo de carencia exigido en todo caso. Por ello, sostiene el Fiscal, no puede excluirse que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones o las modifique para adaptarlas a las necesidades del

⁴ En virtud de providencia de la Sala Primera, de 26 de julio de 2010, se admite a trámite de la demanda de amparo y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSS, solicita se le tenga por personado y ser parte en el procedimiento.

momento, máxime cuando los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho. En atención a tales argumentos, concluye que no se ha producido la lesión del art. 14 CE, ya que los órganos judiciales han resuelto teniendo en cuenta una causa justificadora del diferente trato otorgado a la situación de la demandante de amparo y la correspondiente a los trabajadores a tiempo completo, que no es otra que la contributividad del sistema, aunque sin llegar a la exigencia de una proporcionalidad estricta.

III. LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA STC 72/2013: LA DA 7ª LGSS REDACTADA POR RDL 15/1998 NO ELIMINABA SINO QUE REINCIDÍA EN VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Sostiene el Tribunal que la regulación en la que se justifica la denegación de la pensión de jubilación a la demandante de amparo no elimina los vicios de inconstitucionalidad contenidos en la regulación anulada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, sino que reincide en los mismos, estableciendo para las mujeres trabajadoras a tiempo parcial un sistema de acceso a la prestación contributiva por jubilación desproporcionado, de injustificada dificultad para ser acreedor del derecho y, por darse especialmente en el empleo femenino, discriminatorio indirectamente por razón del sexo. Recoge, así, el actual recurso de amparo la solución que aparecía en la STC 61/2013, de 14 de marzo pronunciamiento que resuelve una cuestión de constitucionalidad presentada respecto al mismo precepto.

Según se mantiene en la STC 61/2013, las reglas establecidas en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el art. 14 CE, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir. Las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa —en la nueva regulación— se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

El Tribunal Constitucional declara, por tanto, que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo en la medida en que esa concreta previsión ya ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal otorgándose el amparo solicitado⁵.

⁵ Señala el Tribunal que la determinación de los efectos del otorgamiento del amparo y el alcance del restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho exigen tomar en consideración los siguientes extremos. En primer lugar, el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo impugnado, en su labor de unificación de doctrina, se ha limitado a apreciar el incumplimiento de un requisito de acceso al recurso, sin que en sí mismo implique vulneración alguna. Ello no impide que deba ser anulado en la medida en que confirma y declara firme la Sentencia dictada en suplicación, que sí es contraria al art. 14 CE, al igual que ocurre con la dictada en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Jaén. En segundo lugar, en el presente caso resulta necesaria la retroacción de actuaciones. En relación con ella, pese a dirigirse formalmente la demanda de amparo contra las Sentencias y el Auto recaídos en el proceso laboral, debe advertirse que el recurso se opone en última instancia a la Resolución del INSS que aquellas resoluciones judiciales han venido a confirmar. Teniendo en cuenta, por una parte, que no corresponde a este Tribunal seleccionar e interpretar la norma aplicable en el ámbito de la legalidad ordinaria una vez declarada la inconstitucionalidad de la norma aplicada a la demandante y, por otra, que ninguna de las resoluciones judiciales que conocieron de la cuestión sustantiva se ajusta a las exigencias del art. 14 CE, es procedente restablecer el derecho vulnerado retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la resolución administrativa, que fue ratificada en el proceso, a fin de que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

IV. LAS SUCESIVAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS DOS REDACCIONES DE LA NORMATIVA CUESTIONADA: UNA NECESARIA PUNTUALIZACIÓN

1. La primera redacción de la norma cuestionada: la regla de proporcionalidad estricta

Fue la Resolución de 1 de febrero de 1982 la que introdujo, por vez primera, la regla de la proporcionalidad estricta para el cómputo del período de carencia, es decir, que debían computarse exclusivamente los días u horas trabajados —aunque esta regla no se aplicaba para las prestaciones por desempleo, de acuerdo con su normativa específica⁶—; posteriormente el RD 2319/1993, de 29 de diciembre reiteró lo ya señalado, manteniendo el diferente tratamiento de las prestaciones por desempleo, y esta regulación fue la que quedó insertada, posteriormente, en la DA 7ª de la LGSS de 1994, una regulación que se establecía a la vista del art. 12.4º del ET de entonces.

Pues bien, esta normativa fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre a la que alude la STC 72/2013 y la STC 61/2013. El Pleno del Tribunal Constitucional sostenía en este pronunciamiento —en respuesta al planteamiento de una cuestión de constitucionalidad—⁷ que el principio de igualdad entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo se vulnera no en la cuantía de la prestación que considera proporcionada al menor esfuerzo contributivo, sino en el cálculo del período de carencia exigido para tener derecho a una pensión. Concluía, así, el Tribunal Constitucional que dicha normativa constituía una discriminación directa por razón de sexo al haberse acreditado que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino.

El problema fue que, al momento de dictarse esta Sentencia —2004— ya estaba en vigor la nueva regulación para el cómputo del período de carencia de los trabajadores a tiempo parcial pues la misma fue redactada, de nuevo, en 1998. Por eso, al haberse pronunciado esta Sentencia sobre una regulación no vigente en aquel momento su eficacia práctica fue nula, por cuanto se había emitido sobre una normativa ya derogada⁸.

Curiosamente, aunque cuestionando la primera versión de la DA 7ª LGSS, la propia STC 253/2004 aludía a la nueva regulación que había entrado en vigor en 1998, una regulación que mejoraba la situación previa, pues había facilitado el cómputo de la vida laboral del trabajador a tiempo parcial. Así, se puede leer en la STC 253/2004 (FJ 6ª) que: *el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en el art. 12.4º ET” al introducir una regulación de la materia, inspirada en el criterio de la proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de Seguridad Social.*

2. La segunda redacción de la norma cuestionada: la primera suavización de la regla de proporcionalidad estricta

El RD ley 15/1998, de 27 de noviembre de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad dio nueva redacción

⁶ Ley 31/1984, de 2 de agosto y Real Decreto 625/1985, de 2 de abril.

⁷ Vid. igualmente, las Sentencias del Tribunal Constitucional 49/2005, en relación con la determinación del período de carencia exigible a los trabajadores a tiempo parcial para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, y la STC 50/2005 para la determinación del período de carencia exigible a los trabajadores a tiempo parcial para el acceso a la jubilación, pronunciamientos que resuelven sendos recursos de amparo.

⁸ Vid. MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)”, en *Revista General de Derecho europeo*, nº 31, 2013.

al art. 166 LGSS y a la DA 7ª de la LGSS⁹ —aunque la entrada en vigor de tal DA 7ª tenía que esperar a la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que desarrollaran tal DA 7ª¹⁰—. Tal regulación contenía las normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial incluyendo cuatro reglas referidas al cálculo de la cotización, del período de cotización, de la base reguladora y de la protección por desempleo.

Esta segunda regulación mantuvo, como regla general, que el cómputo de las cotizaciones efectuadas había de realizarse en función de las horas trabajadas (ordinarias o complementarias), aunque también introdujo para las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente una regla correctora: la aplicación a los días teóricos de cotización —resultado de multiplicar el número de horas efectivamente trabajadas por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales— un coeficiente multiplicador de 1,5, resultando así un incremento del período computable para el período de carencia en las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación.

⁹ La redacción de la DA 7ª reformada por el art. 2º del RD ley 15/1998 fue la siguiente:

Disposición adicional séptima. Normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial. 1. La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por las siguientes reglas:

Primera. Cotización.

a) La base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquélla será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. b) La base de cotización así determinada no podrá ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinan. c) Las horas complementarias cotizarán a la Seguridad Social sobre las mismas bases y tipos que las horas ordinarias.

Segunda. Periodos de cotización.

a) 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 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. b) Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) de esta regla 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. En ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

Tercera. Bases reguladoras.

a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. Para la prestación por maternidad, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365.

b) A efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar 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.

c) El tiempo de cotización que resulte acreditado conforme a lo dispuesto en el apartado b) de la regla segunda se computará para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. La fracción de año que pueda resultar se computará como un año completo.

Cuarta. Protección por desempleo.

Para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica.

2. Las reglas contenidas en el apartado anterior serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1 / 1995, de 24 de marzo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón, y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

¹⁰ Según la DF 2ª del RDL 15/1998, de 27 de noviembre. Asimismo, el desarrollo reglamentario de la DF 7ª se produjo a través del RD 1131/2002

V. LA IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA STC 61/2013 Y EL “VACÍO LEGAL” GENERADO EN 2013

No obstante, la dulcificación de la norma operada por la Ley 15/1998 no se aplicaba a todas las prestaciones sociales, ni eliminaba tampoco su impacto adverso. Por esta razón, los órganos jurisdiccionales reaccionaron planteando nuevas cuestiones de constitucionalidad hasta llegar a la cuestión prejudicial¹¹ a la que se dio respuesta en la Sentencia *Elbal Moreno* resolviéndose que la normativa que exige a los trabajadores a tiempo parcial (que) en su mayoría (son) 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 una cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada iba en contra del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y suponía una discriminación indirecta por razón de sexo¹².

La gran relevancia de la STC 61/2013 fue que la cuestión de constitucionalidad sirvió para asumir rápidamente la Sentencia *Elbal Moreno*¹³ y para declarar nulo el precepto que servía para calcular la vida laboral para el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. Por eso, tras ella aparecía un “vacío legal” que obligaba al legislador a intervenir.

VI. MÁS ALLÁ DE LA STC 72/2013: EL CAMINO RECORRIDO. UNA NUEVA REDACCIÓN DE LA NORMA, SU CUESTIONAMIENTO Y, POR FIN, SU ELIMINACIÓN

1. La segunda dulcificación de las reglas del cómputo de la vida laboral de los trabajadores a tiempo parcial a través del RDL 11/2013, de 2 de agosto

El RDL 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 fue una norma de urgencia que, tras someterse a la tramitación parlamentaria, se convirtió en la Ley 1/2014, de 28 de febrero y sirvió para dar nueva redacción a las reglas que habían quedado anuladas por la STC 61/2013. No obstante, el RDL 11/2013, de 2 de agosto no eliminaba la proporcionalidad de la regulación —que seguía resultando perjudicial para los/las trabajadoras a tiempo parcial, tal como pedía la doctrina científica de entonces—¹⁴ sino que dicha reforma implementaba unas nuevas reglas del cómputo de la vida laboral de los trabajadores

¹¹ Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el Real decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 7, 2013.

¹² La lesividad de la normativa de seguridad social española que estima la Sentencia *Elbal Moreno* no se relaciona con el incumplimiento de la normativa reguladora del trabajo a tiempo parcial de la Unión europea, sino con la contravención de la normativa comunitaria relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Vid. GÓMEZ GORDILLO, R.: “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 47, año 18, enero-abril, 2014.

¹³ Vid. VICENTE PALACIO, M^a A.: “La Sentencia *Elbal Moreno* y sus resonancias (y una disonancia)” en VV.AA.: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (Dir.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p. 685 y ss.

¹⁴ Decían ya en 2012 GARCÍA NINET, J.I., y VICENTE PALACIO, M^a A.: en “Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social; el caso *Elbal Moreno*”, en *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, nº 102, 2012, p. 260. que la reforma de la DA 7^a LGSS-94 debía ir claramente en el sentido de restablecer el principio de equiparación de los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo en lo referente al período de carencia, extendiendo la regla prevista para la protección por desempleo a todas las prestaciones económicas dispensadas por el Sistema de Seguridad Social. Y es que el período de carencia, aun siendo un requisito para el acceso a prestaciones de naturaleza contributiva, no necesariamente debe responder a reglas de proporcionalidad.

a tiempo parcial de gran complejidad, reglas, que, aunque en menor término, seguían resultando nocivas para ciertos colectivos¹⁵.

En síntesis¹⁶, la reforma, en vez de acoger la fórmula utilizada para las prestaciones por desempleo, consistente en la equivalencia entre día trabajado y día cotizado, cualquiera que fuera la jornada realizada, se inclinaba por otra que adecuaba los periodos de carencia a la “media” de la jornada que, a lo largo de la vida laboral (en pensiones) o en un período de tiempo más corto (en subsidios) acreditara el solicitante de las prestación y que se constataba a través del coeficiente global de parcialidad. Por tanto, gracias a la incorporación del coeficiente global de parcialidad se permitía una sensible reducción del período mínimo de carencia exigido¹⁷, pero las diferencias seguían existiendo para los trabajadores a tiempo parcial.

2. La STJUE Villar Laiz y la STC 91/2018: en busca de la eliminación de la regla de la proporcionalidad en el cómputo del tiempo trabajado para acceder a la pensión de jubilación

En los años sucesivos esta regulación se mantuvo, aunque con la entrada en vigor del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, las reglas del cómputo de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial aparecían en el art. 247, 248 y ss. del TRLGSS. Y sobre el art. 248 TRLGSS incidieron, de nuevo, en los años siguientes, tanto la Sentencia del TJUE (Sala Novena), Caso *Villar Laiz* contra el INSS, Sentencia de 8 de mayo de 2019¹⁸, como la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio declarando, esta última, la inconstitucionalidad de parte del art. 248 TRLGSS.

Así, en este último pronunciamiento se concluía que la reducción adicional de la base reguladora de los trabajadores a tiempo parcial mediante un porcentaje derivado de un coeficiente de parcialidad que reduce el número efectivo de días cotizados, una normativa que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, es una medida desproporcionada ya que una reducción de la base reguladora en función a su menor base de cotización se añade a la reducción paralela del período mínimo de cotización para fijar la cuantía de la prestación, y ello carece de una justificación objetiva y razonable.

Como se puede apreciar, teóricamente la inconstitucionalidad del art. 248 TRLGSS no afectaría al cálculo del período de carencia —aspecto contenido en el art. 247 TRLGSS— pero no es esto lo que estaban entendiendo los Tribunales, como se puede comprobar en la Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 29 de octubre de 2021¹⁹, pronunciamiento en el que el Tribunal —haciendo suya la doctrina contenida tanto en la STJUE Villar Laiz, como en la STC 91/2019— concede a una trabajadora a tiempo parcial la pensión de jubilación al considerar inconstitucional la denegación de la misma en aplicación de los coeficientes de parcialidad contenidos en el art. 247 TRLGSS²⁰.

En este litigio, al igual que ocurría en la STC 61/2013, la trabajadora tiene más de 1000 días efectivos de cotización y se le computan menos de 300 en orden a la acreditación de la carencia específica en el acceso a la pensión de jubilación; es decir, a pesar de haber cotizado cuatro décadas

¹⁵ Para LOUSADA, op. Cit, al legislador no le preocupaba tanto completar el ordenamiento jurídico con la reforma, sino más bien el impacto económico de la declaración de inconstitucionalidad, motivo por el que se optaba por una legislación con gran complejidad técnica, invocando el principio de contributividad y el riesgo de fraude para no eliminar completamente el principio de proporcionalidad.

¹⁶ Como resume MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: en “Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)”, en *Revista General del Derecho*, nº 31, 2013.

¹⁷ Vid. narrando las singularidades de esta nueva regulación, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Los efectos del contrato a tiempo parcial sobre la acción protectora de la Seguridad Social”, en *Revista del Ministerio de empleo y seguridad social*, nº 124, 2014.

¹⁸ TJCE, 2019, 83.

¹⁹ nº 4109/2021, de 29 de octubre, JUR 2022, 453, ECLI:ES:TSJGAL:2021:6215,

²⁰ Vid. también, la STJ de Madrid de 7 de octubre de 2021, st n1 848/2020, ECLI:ES:TSJM:2020:11811.

al sistema de seguridad social la trabajadora no accede a la pensión de jubilación. Considera el TSJ de Galicia en 2021 que la nueva regla del art. 247 TRLGSS no impide que, en casos como el analizado, se produzcan resultados desproporcionados, pues se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el período de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados. Y concluye el pronunciamiento predicando la inconstitucionalidad del art 247 TRLGSS al resultar aplicable la doctrina incluida en la STC 91/2019²¹.

3. La eliminación de la norma cuestionada tras el RDL 2/2023, de 16 de marzo: a efectos del cómputo de los períodos de cotización computan los períodos de alta con contrato, cualquiera que haya sido la duración de la jornada

Afortunadamente, la norma que fue declarada inconstitucional en la STC 61/2013, y que sirvió para otorgar en el amparo a la trabajadora recurrente en la STC 72/2013, la misma norma que, para dulcificarse, fuera redactada, de nuevo, en 2013, ha sido finalmente eliminada con ocasión de la redacción del art. 26º del RDL 2/2023, de 16 de marzo, al darse nueva redacción al art. 247 TRLGSS del TRLGSS.

Tras dicha reforma la regulación cuestionada en el pronunciamiento que comentamos se ha eliminado. Así las cosas, con vigencia desde el 1 de octubre de 2023, la regla a seguir es que, a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, se tienen 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. Sin duda, la reforma legislativa se ha hecho esperar, pero ya es realidad; ello supondrá que, de cara a computar el período de carencia de cara a la obtención de tales pensiones y subsidios, el tratamiento de todos los trabajadores va a ser el mismo, independientemente de la duración de su jornada.

²¹ Podemos leer en este pronunciamiento que: *en definitiva, pudiendo predicarse la inconstitucionalidad de la regla relativa a los coeficientes de parcialidad del art. 247 TRLGSS la regla aplicable debe ser la misma que se aplica al trabajo a tiempo completo, es decir, el tiempo que, para cada prestación, se especifique en la norma aplicable, que, para la jubilación contributiva es el previsto en el art. 205 del TRLGSS, es decir, cada día, mes o año cotizado equivale a un día, mes o año de carencia en los mismos términos del trabajo a tiempo completo.*