

El ordenamiento jurídico laboral frente la nueva era de inseguridad, incertidumbre y falta de garantía en las actuales condiciones de trabajo¹

The legal labor regulation in face of the new era of insecurity, uncertainty and lack of guarantee in current working conditions

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO *Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo. Acreditado Contratado Doctor. Universidad de Málaga*
 <https://orcid.org/0000-0002-0263-650X>

Cita Sugerida: MARTÍNEZ MATEO, C.J.: «El ordenamiento jurídico laboral frente la nueva era de inseguridad, incertidumbre y falta de garantía en las actuales condiciones de trabajo” del IMV en el perfeccionamiento del Sistema de Seguridad Social)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Especial 6 (2024): 31-48.

Resumen

La disrupción digital y sus efectos sobre la estabilidad en el empleo han conllevado al nacimiento situaciones generadoras de precariedad laboral ocupando esta, cada vez más por su uso, un mayor espacio en los sistemas de relaciones laborales.

Ante esta nueva realidad laboral que hace convivir las antiguas contrataciones estándar con las nuevas, y bajo una aparente inmovilidad o impericia técnica legislativa, han surgido en los últimos años grandes avances en materia jurisprudencial promovidos por el Tribunal Constitucional en aras de la optimización del nivel de protección de los trabajadores de ambas modalidades, estrategias que han servido para mejorar un viejo sistema de protección social que sigue asentado en un modelo de trabajo indefinido y a tiempo completo próximo a la extinción.

Abstract

Digital disruption and its effects on employment stability have led to the birth of situations that generate job insecurity, occupying more and more space in labor relations systems due to its use.

Faced with this new labor reality that makes old standard contracts coexist with new ones, and under an apparent immobility or legislative technical incompetence, great advances in jurisprudential matters have emerged in recent years promoted by the Constitutional Court in the interests of optimizing the level of protection of workers in both modalities, strategies that have served to improve an old social protection system that continues to be based on an indefinite, full-time work model that is close to extinction.

Palabras clave

Trabajo; derecho; empleo; protección; siniestralidad

Keywords

Work; law; employment; protection; accidents

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente las relaciones laborales dentro del mundo de la empresa hoy han venido adjetivadas por el término atípicas. Ello se debe a qué estás, debido a las nuevas tendencias impuestas por la tecnología, se han convertido en un fenómeno normalizado y común en nuestro mercado de trabajo. Hoy puede afirmarse que la nueva era de la disrupción digital y de las crisis sanitaria y financiera, han modernizado en precario las relaciones laborales ocupando, cada vez más por su uso, un mayor espacio en los sistemas donde predomina la relación trabajador-empresario.

¹ Agradecimientos: Universidad de Málaga.

A pesar de que el trabajador está identificado en los medios de comunicación con la parte débil de la relación laboral, debe entenderse cómo ha llegado a ese estatus por lo que, para ello, se hace necesario estudiar la problemática permanente y las consecuencias más inmediatas del sistema de contratación atípica. En este sentido, realizaremos este estudio junto con los avances en materia jurisprudencial promovidos por el Tribunal Constitucional en aras de la igualdad equiparando el nivel de protección de los trabajadores verticales y horizontales, contrastan con la lentitud o aparente impericia del legislador para cambiar el viejo sistema de protección social que sigue asentado en un modelo de trabajo indefinido y a tiempo completo, en el que todo sigue pasando por el principio de contributividad.

2. EL RETO DE UN NUEVO DERECHO DEL TRABAJO FRENTE A LA ESTABILIDAD LABORAL

La cuarta revolución industrial o empresa 4.0 han provocado de manera inevitable la destrucción del nervio de la sociedad del trabajo por parte del capitalismo global de los países más desarrollados y la ruptura² de la alianza histórica entre capitalismo, estado asistencial y democracia, ha conllevado a que el Derecho del Trabajo de los ordenamientos internos, pase a adquirir una configuración ligada a las coyunturas socioeconómicas, intentando adaptarse en su contenido (en una “muy complicada relación” con la economía³) y a una nueva visión “instrumental” de las necesidades del sistema económico.

Ello implica que la fuente de protección del colectivo de trabajadores, es decir, el mismo ordenamiento jurídico se encuentran para muchos sectores doctrinales despojados de los valores sociales de integración y estabilidad en el empleo con el que ha venido entendiéndose en el marco del Estado de Bienestar⁴. Es por ello por lo que ha existido una transición de modelos desde la citada estabilidad que ofrecían los contratos indefinidos a “la temporalidad y la media jornada”. Dicha tendencia de falta de seguridad en el empleo ha desestabilizado la balanza económica a favor del empresario en perjuicio de los trabajadores generando situaciones de precariedad.

El ejemplo más clásico, viene dado por las ya referidas formas denominadas “de trabajo atípico” o “atípicas de empleo” las cuales son aquellas donde el trabajo contratado se da en unas condiciones que, aunque sean legales, vienen marcadas por unas singularidades o diferencias de las relaciones tradicionales⁵ consideradas típicas como son los trabajos realizados de forma continua, dependiente a tiempo completo, etc.

Esencialmente, cuando hablamos de trabajo atípico nos estamos refiriendo a trabajadores precarios bajo la modalidad por cuenta propia o ajena. Estos últimos, tienen un contrato temporal, no

² Más ampliamente: BECK, U. “¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización”, Paidós Estado y Sociedad, 1998, pág. 98.

³ Romagnoli sostiene que “la relación entre economía y derecho del trabajo ha adquirido poco a poco las articulaciones y los movimientos propios de la complicada relación que solo dos queridísimos enemigos son capaces de gestionar; queridísimos en el sentido que uno puede prescindir del otro”, en Más ampliamente, *vid.* ROMAGNOLI, U., Renacimiento de una palabra, RDS, n31, 2005, pág. 17,

⁴ MARTÍNEZ ABASCAL, V., Derecho al trabajo y políticas de empleo, en SEMPERE NAVARRO, A., El modelo social en la Constitución española, ed. Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, 2003, p.1303. pág. 17, en ROMAGNOLI, U., Renacimiento de una palabra, RDS, n31, 2005.

⁵ Estas últimas suponen una ventaja para ambas partes de la relación laboral, pues, por un lado, para el trabajador el Ordenamiento le confiere una muy importante protección jurídica y estabilidad, mientras que al empleador/es se le da la posibilidad de contar con prerrogativas de gestión y la autoridad para organizar y dirigir el trabajo de sus empleados.

indefinido, etc., que a pesar de su concepto original⁶, continúa poseyendo un trascendental papel que está cambiando desde entonces.

El ejemplo más paradigmático viene dado dentro de los contratos a tiempo parcial, y concretamente en sus modalidades vertical, y horizontal, inmersos en situaciones discriminatorias en materias como la de género, donde la mujer se ha visto obligada a interrumpir su carrera profesional pasando a ocupar puestos de trabajo a tiempo parcial para dedicarse al cuidado de los niños y otras personas dependientes. Estas condiciones de precariedad laboral les han ocasionado repercusiones en el cálculo de sus pensiones, y a un mayor riesgo de situaciones de pobreza. El perfil de estas trabajadoras desde el momento de su selección coincide con personas nacionales y extranjeras dotadas de un bajo nivel de cualificación y con una alta probabilidad de despido cuando la situación económica empeora y con gran incapacidad para organizarse como grupo para la defensa de sus derechos.

En los últimos años, el crecimiento exponencial⁷ de esta clase de contrataciones precarias ha llevado a la doctrina a considerar que estamos ante una verdadera mutación a un nuevo modelo de relaciones laborales, protagonizado por las llamadas fórmulas de trabajo atípicas, algo que, por su reiterado uso, ya están perdiendo su singularidad⁸.

Es por ello por lo que, para hacer frente a estas situaciones empobrecedoras, a nivel social se haya considerado la necesidad de revisar el actual sistema de protección social con el objetivo de facilitar aún más para estos colectivos la adaptación a los nuevos procesos de producción que demanda el mercado, así como la lucha contra la exclusión social.

El signo más evidente de este hecho lo trataremos en el epígrafe 3.1 donde, en los últimos años la Jurisprudencia del TJUE⁹, el TC¹⁰, y la singular actuación de algunos Juzgados de lo Social, han sido vitales para luchar contra las situaciones ocasionadas por estos trabajos atípicos tales como las discriminaciones indirectas por razón de sexo¹¹, y forzar a corregir el marco regulador nacional¹².

Frente a las desigualdades derivadas de la precariedad laboral, no sólo a nivel jurisprudencial existen esfuerzos por romper con el viejo sistema de protección social, dejando de lado la discutida

⁶ Más ampliamente, *vid.* MALDONADO MOLINA, J. A. (2016). el trabajo a tiempo parcial. flexibilización y reparto del tiempo de trabajo. en MONEREO PÉREZ J. L. y a. MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dir.). La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura (pp. 580-589). Sevilla: CARL. p. 580.

⁷ Un estudio realizado en este sentido por Maldonado Molina muestra que tanto a nivel internacional como español "(...) los contratos temporales y el trabajo a tiempo parcial van adquiriendo un mayor peso. La tasa de temporalidad continúa instalada y creciendo, y de hecho en 2013 alcanzó su pico histórico. La tasa de estabilidad (contratos indefinidos en relación con el total de contratos) se situó "en 2013 en el nivel más bajo de la última década, con un 7,67 %, frente a las que se dieron en el periodo 2006-2008, en los que se superó el 11 %" (Informe del Mercado de Trabajo Estatal, 2014, p. 46). Y hay un notable incremento en el uso del trabajo a tiempo parcial". *Vid.* MALDONADO MOLINA, J. A. (2018). El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación. RTSS.CEF, 425-426, p.4

⁸ Durante la última década, los términos "empleo atípico" y "trabajo precario" se han unificado a nivel social en sus significados, pasando este fenómeno laboral de ser algo excepcional a ocupar un mayor espacio en los sistemas de relaciones laborales.

⁹ Véase STJUE de 22 de noviembre de 2012, Asunto C-385/11, Elbal Moreno contra INSS y TGSS.

¹⁰ *Id.* SSTC 61/2013, de 14 de marzo, 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

¹¹ Más ampliamente. MALDONADO MOLINA, J.A. "El desempleo de los Trabajadores a Tiempo Parcial. A propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el Borrador de Reforma". *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum* nº 15 (2º Trimestre 2018) Estudios Doctrinales ISSN: 2386-7191 – ISSN: 2387-0370. P.109

¹² Más ampliamente MOLINA NAVARRETE, C., El Nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la Jurisprudencia Comunitaria, La Ley, 2017 (en especial el Capítulo Preliminar, «El nuevo modelo multinivel de justicia social: el TJUE como fuente de (re)-creación del derecho del trabajo»; del mismo, «La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de "última palabra"?: Experiencias de tutela del contratante débil», La Ley, núm. 9008, 2017.

labor normativa del plano nacional de la que hablaremos más adelante, también tienen impacto las peticiones que solicita el Parlamento Europeo, a los Estados miembros y a la Comisión en su Resolución de 14 de enero de 2014, donde solicita la adaptación de una serie de medidas, que como veremos a continuación, versan en materia de protección social para todos, incluidos los trabajadores por cuenta propia (2013/2111(INI))¹³:

- La adopción de medidas de protección social para que las mujeres no reciban prestaciones sociales, incluidas las pensiones, inferiores a las de los hombres por un mismo trabajo (punto 14).
- Combatir con mayor dureza el trabajo no declarado y precario, entre otros los falsos empleos a tiempo parcial, y que garanticen una protección social adecuada para todos los trabajadores; condena, por otra parte, el abuso de contratos de trabajo atípicos con el objetivo de eludir el cumplimiento de las obligaciones en materia de empleo y protección social (punto 18).
- Conseguir un equilibrio adecuado entre la seguridad y la flexibilidad del mercado laboral, y que hagan frente a la segmentación del mercado de trabajo proporcionando una cobertura social adecuada a las personas en transición o empleadas con contratos temporales o a tiempo parcial y asegurando al mismo tiempo el acceso a oportunidades de formación (punto 21)¹⁴.

3. EL DESASTRE DE LA TECNOLOGÍA SOBRE LA CALIDAD DE VIDA EN EL TRABAJO

3.1. La mutación de las relaciones laborales por la Revolución tecnológica

El Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial de la OIT, 1994 (núm. 175)¹⁵ define el término “trabajador a tiempo parcial” como todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, esta idea es la más extendida, aunque en no todos los países se siga este concepto¹⁶.

El sistema de relaciones laborales español se caracteriza por una gran diversidad de modalidades de contrato de trabajo; en los últimos años las fórmulas de contratación han mutado o evolucionado a modelos que han ofrecido una mayor precariedad laboral al trabajador debido al impacto de la disrupción digital.

Ésta, ha estado ocasionada por diversos factores, generalmente relacionados con las nuevas tecnologías nacidas con el objetivo de ofrecerle un producto de más valor al cliente y persiguiendo la rentabilidad productiva, trayendo de manera añadida nuevas perspectivas para el mercado.

¹³ *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos (2013/2111(INI)).

¹⁴ Véase MALDONADO MOLINA, J. A. (2018). El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación. RTSS.CEF, 425-426.

¹⁵ *Vid.* C175 - Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175).

¹⁶ Ello viene dado pues, en numerosos países la definición jurídica que ofrece el citado Convenio núm. 175 y el concepto en las estadísticas que se realizan sobre el trabajo a tiempo parcial, pueden diferir, por ejemplo, en determinados países se ha establecido un número máximo de 25 horas semanales. No obstante, para las comparaciones estadísticas el trabajo a tiempo parcial es considerado generalmente como trabajar menos de 35 horas, o 30 horas, a la semana.

Irrupción digital es un fenómeno que marca un antes y un después en el mercado laboral pues esta requiere que las empresas posean nuevas plantillas y estructuras flexibles que ofrezcan respuestas ágiles a bajo coste a las demandas tanto del mercado como de los clientes.

A continuación, veremos dos ejemplos de esta reinención de estructuras internas que han ocasionado la transformación de procesos productivos de mano de obra humana que antes ocurrían fuera de línea y que ahora se volvieron digitales.

Dentro de los diversos sectores comerciales existen los casos del sector financiero, y alimenticio. En el primero, cada vez menos clientes utilizan las sedes o sucursales bancarias para realizar transacciones al utilizar los canales digitales para hacer sus movimientos bancarios desde sus dispositivos móviles. En el segundo, el sector alimenticio, los trabajadores son sustituidos por máquinas inteligentes que utilizan recursos tecnológicos para mejorar la experiencia del consumidor valiéndose de aplicaciones muy utilizadas actualmente para pedir todo tipo de comida desde cualquier lugar.

A pesar de que existan empresas que se niegan a digitalizar sus procesos productivos estas se ven condenadas a pagar por mantener el statu quo al riesgo de salir del mercado. Empresas como Kodak y Blockbuster son claros ejemplos de la importancia de responder rápidamente ante una disrupción digital. Por eso, es importante aprovechar las tecnologías existentes para atender mejor las demandas del mercado¹⁷.

En definitiva, los trabajadores de estos y otros sectores donde se ha hecho presente esta disrupción digital se hacen innecesarios y se ven abocados al despido, prejubilaciones u optando por aquellas modalidades de contratación de duración determinada como la tipología más frecuente. Nuestro país, tras la última reforma laboral de 2012 pasó a ocupar un lugar destacado en el ranking de contrataciones bajo esta modalidad.

La temporalidad ocasionada por la disrupción genera situaciones de precariedad precisamente por el vínculo temporal lo cual marca fronteras privilegiadas entre los trabajadores fijos que no pueden ser aun sustituidos por máquinas (estables) y los temporales (inestables o de futuro incierto).

A tenor de lo expresado, el factor de temporalidad en el trabajo está comenzando a considerarse irrelevante en los últimos años, pues la evidencia práctica muestra que un gran porcentaje de esos trabajadores compitiendo contra la rentabilidad de la fuerza laboral de las máquinas, han suscrito contratos falsos temporales y todo ello inmerso en una regulación jurídica habituada a toda clase de “fakes”, es decir: falsos temporeros, falsos eventuales, falsos interinos, y por último falsos autónomos¹⁸.

Frente al fantasma del desempleo como principal efecto de la disrupción digital, el contrato a tiempo parcial comenzó siendo una contraprestación que, para cada una de las partes aportaba ciertos beneficios, pues para los trabajadores en determinadas circunstancias¹⁹ les evitaba quedar al

¹⁷ Rescatado de: <https://www.sydle.com/es/blog/que-es-disrupcion-digital-6138c89003a41c189994ac7d/>

¹⁸ En estos últimos, la precariedad de estos colectivos no sólo se manifiesta en sus condiciones de trabajo, sino que ya también presenta importantes implicaciones en los sistemas de protección social públicos, pues la protección que ofrecen se hace depender únicamente de su capacidad de contribución al sistema.

¹⁹ En este contexto, quienes recurrían a ella generalmente eran personas que optaban por el trabajo a tiempo parcial por deber/querer compatibilizar el trabajo con otras actividades (formativas –en caso de los jóvenes–, responsabilidades familiares –en el supuesto de las mujeres– o la pensión –cuando se trataba de jubilados–). Su desarrollo tenía lugar preferentemente en sectores que presentaban características proclives a este tipo de actividad a tiempo parcial, por tener una demanda irregular de actividad (como puede ser el sector del comercio o el turístico) o por poder recurrir a jornadas parciales (educación, servicios, sanitarios, v. gr. LYONETTE, C., BALDAUF, B. y BEHLE, H. (2010). Quality

margen del mercado laboral por no poder prestar su fuerza laboral toda la jornada, mientras que, a la contraparte, el empresario o empleador, le permitía de manera flexible ahorrar costes y adaptar la jornada a sus necesidades.

Desde la óptica del trabajador, no sólo esta singular modalidad contractual ha sido y es el instrumento idóneo para determinadas circunstancias personales o familiares, sino que también ha crecido según datos de EUROFUND en las últimas dos décadas²⁰; y no sólo por el fenómeno de la digitalización, sino además por otro de mayor calado como es el de las crisis financieras con las consecuentes dificultades de acceso al empleo que han obligado de manera forzosa a muchos de estos colectivos de trabajadores a que, el contrato a tiempo parcial sea la única opción²¹.

El resultado final es el de un trabajador/a de cualquier edad que ha accedido al mercado laboral suscribiendo un contrato de trabajo y retribución que, pese a la fortuna de haberlo obtenido, genera condiciones precarias, siendo éste en raras ocasiones considerado un “trabajo digno” lejos del proclamado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Estos compromisos laborales proporcionan al empresario entre otros, una vía alternativa a la digitalización pues estas contrataciones suponen también.

Un ahorro en costes de producción por la facilidad que ordenamiento ofrece para la destrucción de empleo: simplemente el contrato llegado a su fin legalmente establecido no se renueva.

También en ocasiones y dentro de un contexto de fraude, el empresario suscribe con los trabajadores contratos a tiempo parcial pero realizados en jornada completa.

En definitiva, mejorar las condiciones laborales de estos colectivos a tenor de las luchas jurisprudenciales se tornará una tarea legislativa compleja y aún más si cabe con el advenimiento de los periodos post pandémicos y el aumento de la silenciosa presencia de las nuevas tecnologías las cuales han comenzado a hacer más eficaces los sistemas de producción.

Es posible que, de seguir esta línea, esta clase de contrataciones precarias aumente en un futuro, pues la competitividad del mercado es proclive a la admisión de la menos costosa mano de obra digitalizada, o mecanizada. Si al robotizarse dichas plantillas de producción cada unidad productiva adquiriese la capacidad de toma decisiones al estar dotadas de IA (inteligencia artificial) ello, también determinará para el empresario un ahorro en abono de salarios y para el Estado la obtención de unos costes más bajos de siniestralidad, desempleo, formación etc..).

La oferta de empleo que requiera elementos del factor humano privado a las máquinas como la intuición, la imaginación o la empatía, se reducirá a esta clase de contratos a tiempo parcial. Deberá por ello imponerse un nuevo modelo de relaciones laborales donde se configure un trabajo a tiempo parcial de calidad.

Actualmente las consecuencias de la contratación atípica y más significativamente las del trabajo a tiempo parcial incide en situaciones tales como:

part-time work: a review of the evidence, Government Equalities. London: Office, p. 7. Citado por CABEZA PEREIRO (2013, p. 13), y especialmente en trabajos poco cualificados y con bajo nivel de responsabilidad.

²⁰ Rescatado de: Eurofound (2009). European Company Survey 2009. Part-time work in Europe. Rescatado de https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2010/86/en/3/EF1086EN.pdf

²¹ Como señala el Instituto Sindical Europeo (ETUI, 2015), el 29,6 % del trabajo a tiempo parcial en la Unión Europea de los 28 era involuntario, porcentaje que se incrementa en países como España (sobre el 60 %). A la vez, un 90 % del trabajo temporal en España era involuntario también.

- Desempleo: Pues no existen normas eficaces diseñadas contra la desigualdad en aspectos como el cómputo del período de ocupación cotizada en orden en las modalidades horizontal y vertical de las que se hablará en el epígrafe 3.1.1)
- Jubilación: Pese a las declaraciones inconstitucionalidad, vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial
- Retribución: La obtención de una retribución menor que la que proporcionalmente correspondería por la jornada realizada (al no percibir determinados complementos retributivos) en el que, como señala Maldonado Molina, “(...) hay mayores dificultades de promocionarse profesionalmente y en el que se dan tasas de temporalidad mucho más elevadas que en los contratos a tiempo completo. La relación con los contratos temporales merece ser subrayada. Es una relación doble. Así, por un lado, hay una mayor rotación laboral que en el tiempo completo²². Y, por otro, se recurre a contratos de duración determinada para regular relaciones que realmente deberían corresponder a contratos a tiempo parcial en no pocos casos indefinidos²³.”

Otro ejemplo paradigmático, pero sí de menor número en España es el del trabajador autónomo, cuya relación entre sus ingresos y sus aportaciones al sistema marcan la intensidad de su protección, ya que cuánto mayores sean los primeros, mejor disposición tendrá el autónomo para contribuir y mejorar su protección social futura. Por el contrario, si la situación en que se prestan los servicios es precaria, ello redundará en una protección débil y limitada del sistema de Seguridad Social²⁴.

Si durante estos periodos de crisis financiera y postpandémica continua incrementándose la relación entre el trabajador por cuenta propia con un nivel de ingresos cada vez más bajo (debido a la cuantía de las aportaciones) y el insuficiente grado de protección que ofrece el sistema, se generaran situaciones de quiebra empresarial que conllevarán a mayores tasas de desempleo por cuenta ajena y de cese de actividad, precisamente por la insostenibilidad de los gastos que le ocasiona al empresario el propio sistema.

Aunque si bien este mensaje es desesperanzador, es cierto que a partir del próximo 1 de enero de 2023, los trabajadores autónomos a través de nuevo RETA, verán aumentado su volumen de ingresos, y todo ello gracias al nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social, el cual se basará tanto en sus rendimientos netos como en función de una nueva tabla de tramos de ingresos, a los que corresponden una serie de cuotas mínimas (dentro de un periodo de transicional de nueve años, hasta 2032), lo que les posibilitará bajar su aportación mensual con respecto al actual sistema y por ende, la presión económica que sufren y sufrirán durante las crisis.

3.2. Los factores de riesgo potenciadores de siniestralidad laboral

El empleo o trabajo atípico es un factor generador de situaciones de riesgo en relación con la seguridad y salud del trabajador, debido precisamente, a la baja cualificación y a la inexperiencia que proporciona la temporalidad de los recién contratados dotados en muchos casos de una falta de preparación, formación y supervisión deficientes que se traducen en problemas de comunicación con

²² Rescatado de https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2010/86/en/3/EF1086EN.pdf (consultado el 1 de agosto de 2022).

²³ Vid. MALDONADO MOLINA, J. A. Op. cit. (2018), citando a CABEZA PEREIRO, J. (2013). El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español. Albacete: Bomarzo., p. 17

²⁴ Rescatado de: <https://vlex.es/vid/trabajo-autonomo-precario-indagacion-731884081>

el empresario y resto de trabajadores (especialmente en las modalidades de empleo que vinculan a varias partes); y obligaciones legales quebrantadas u objetadas.

A lo citado se le suman los factores de riesgo laboral, pues dentro de los centros y lugares de trabajo, pueden existir potenciales riesgos que propicien lesiones físicas y psíquicas generadas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, derivados de una serie de factores tales como la exposición a malas condiciones laborales, cansancio, fatiga y estrés por situaciones de acoso, en este sentido las tasas de lesiones profesionales entre trabajadores con contratos temporales y empleados a través de empresas de trabajo temporal pueden ser mucho mayores que las de los trabajadores permanentes. La externalización y la subcontratación también han estado implicadas en varios accidentes catastróficos.

En definitiva “la precariedad compromete el conjunto de la actividad preventiva. No hay una verdadera vigilancia de la salud de estos trabajadores en la empresa, ni tampoco se hace un seguimiento público. La contratación temporal puede hacer que la exposición de un mismo trabajador cambie por días, semanas o meses, al ritmo de sus nuevos contratos de trabajo. Por el contrario, muchos contratos temporales son encadenados, es decir, se contrata al mismo trabajador, para el mismo trabajo, para el mismo puesto, por un nuevo período”²⁵.

Además de todas estas cuestiones relativas a la seguridad y salud del trabajador, el trabajo atípico se asocia con factores psicosociales²⁶ que inciden negativamente en la salud, sobre todo a nivel mental. La razón viene dada debido a la inseguridad que pueda percibir el sujeto en un entorno laboral hostil y marcado por “el hecho de tener un empleo temporal o a tiempo parcial involuntario. Ello especialmente es característico entre los grupos más vulnerables del mercado de trabajo como los jóvenes y migrantes, y este factor se incrementa cuando las oportunidades para cambiar de un contrato temporal a uno indefinido son reducidas”.²⁷ Este cúmulo de aspectos negativos, en definitiva, generan resultados nefastos para el bienestar psicológico, mental y a la satisfacción personal en general.

4. LAS BONDADES DE LA QUIMERA DEL TRABAJO ESTÁNDAR A TIEMPO COMPLETO

En nuestra Europa continental, la mayoría de los sistemas de protección social dan protagonismo al estatus profesional del trabajador tomando como modelo estándar una quimera, es decir, el sujeto que realiza una actividad a tiempo completo y con carácter indefinido, un prototipo laboral que, como señalábamos en el primer epígrafe de este capítulo, ha sufrido una transición como respuesta a la exigencia de flexibilidad de las empresas y la competitividad de los mercados.

En este contexto, los trabajadores atípicos o no convencionales²⁸ cuentan dificultades para contribuir lo suficiente durante su vida laboral para que reciban una pensión adecuada²⁹, y la razón viene dada pues, los sistemas de protección social fueron diseñados para aquellos trabajadores que

²⁵ Rescatado de: <https://istas.net/salud-laboral/trabajos-trabajadores-y-colectivos/trabajo-precario>

²⁶ Más ampliamente: Dolado, J.J., Ortigueira S. y STUCCHI R.: Does dual employment protection affect TFP? Evidence from Spanish manufacturing firms, CEPR Discussion. Paper No. 8763 (Centre for Economic Research, 2012).

²⁷ Vid. El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas. Presentación resumida del informe Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2016 ISBN 978-92-2-331208-4 (pdf web).

²⁸ En el concepto de “trabajador no convencional”, el organismo internacional engloba a trabajadores a tiempo parcial, temporales y autónomos, es decir, a quienes tienen empleos precarios. Estos ya representan una tercera parte de todos los trabajadores de los países de la OCDE, y en el caso del Estado español, casi la mitad.

²⁹ A esta conclusión llegó el informe bienal de la OCDE en 2019 “Las pensiones de un vistazo 2019” donde ya advirtió a los gobiernos la reforma urgente de sus sistemas de pensiones. Rescatado de: <https://www.oecd.org/publications/oecd-pensions-at-a-glance-19991363.htm>

disfrutasen de largas carreras laborales tan estables como lineales, donde existía un único empleador, y mientras existiese esta configuración, el sistema funcionaba no creando excesivas distorsiones para aplicar el principio de contributividad.

En este esquema protector existe un ligamen que une la profesionalidad a la cotización, de modo, que la vida laboral del sujeto protegido tendrá una repercusión directa e inmediata sobre las posibilidades y opciones del sujeto de recibir la tutela, pues las condiciones laborales suscritas por el trabajador tienen una relación proporcional con los grados de tutela³⁰

Cuando se aplica este diseño protector al modelo de relaciones laborales atípicas, los sistemas de Seguridad Social ante la falta de aportaciones dejan de proporcionar seguridad a los nuevos trabajadores precarios pues, estos, además de ser inestables, ganan menos siendo estas muy bajas, mínimas, o nulas.

La consecuencia más inmediata es la exclusión de la protección contributiva de estos colectivos por no haber reunido los períodos de cotización necesarios para tener acceso a la prestación siendo la única salida de subsistencia recurrir a otros niveles asistenciales no contributivos.

4.1. Los avances de la protección social en Ordenamiento laboral español

En un contexto como el descrito, el único camino posible para el progreso social es garantizar la igualdad efectiva de oportunidades para todos los trabajadores.

Ese avance social es necesario no solo por la exigencia legal derivada del principio de igualdad material y formal contenido en los arts. 9 y 14 de la Constitución Española y de la Carta Europea de Derechos Sociales (Niza, 2000), sino porque existen trabajadores que no pueden gozar de un sistema de protección digno.

Por ello, la condición para acceder a la protección social no debe ya estar ligada al hecho de ostentar la condición de trabajador o con el mérito social sino, fundamentalmente con el estado de la necesidad.

El ejemplo más característico que nos sirve de muestra y donde se presenta una mayor complejidad de acceso a la protección social, viene dado con el perfil del trabajador atípico a tiempo parcial, pues si su modalidad contractual es un buen instrumento que permite una mayor libertad en la configuración del tiempo de trabajo, (beneficiando tanto empresas como trabajadores), la realidad muestra que hasta fechas recientes, ha sido y es un factor generador de imposición de situaciones de precariedad laboral traducidas en violaciones al principio de igualdad en numerosas situaciones tales como, las relativas a discriminaciones indirectas por motivo de género, en orden al desempleo; el acceso a la jubilación (cómputo de cotización solo los días de trabajo efectivo), entre otras.

A tenor de lo expresado, estudiaremos cuales han sido los avances en los planos jurídico y jurisprudencial que han supuesto un avance en la ampliación de la protección social del trabajo atípico

³⁰ Siendo así que cuanta menor retribución, menor dedicación temporal, así como la irregularidad de la vida laboral como por ejemplo la sucesión de contratos tiempo determinado con períodos de inactividad entre ellos, part time, trabajo a través de ETT, entre otras, o bien la salida anticipada del mercado de trabajo menores serán las expectativas de dicho trabajador para lograr una protección digna y suficiente.

4.1.1. Reformas más relevantes en el sistema de Seguridad Social

A- Desigualdad en las modalidades horizontal y vertical al computar como cotizados solo los días de trabajo efectivo

En este aspecto la situación previa a la STJUE de 9 noviembre 2017 (C-98/2015) y la posterior adaptación a la normativa española a través del Real Decreto 950/2018, de 27 de julio³¹, en las modalidades horizontal y vertical del trabajo a tiempo parcial, se generaban situaciones de trato desigual frente al desempleo reflejadas en una discriminación indirecta a la hora de calcular la prestación por esta circunstancia de los trabajadores a tiempo parcial en su modalidad vertical, es decir aquellos que prestan sus servicios varios días a la semana frente a los trabajadores de modalidad horizontal, (aquellos que presentan servicios todos los días de la semana), ya que al computar como cotizados solo los días de trabajo efectivo, aquellas personas que acumulaban horas de trabajo en menos días veían reconocida una menor carrera de seguro que los que distribuían las mismas horas en más días³².

Para el TJUE, los empleados que prestasen sus servicios en días aislados de la semana y no a diario, si tenían derecho a que se computasen la totalidad de todos los años cotizados en su conjunto, y no solo los días efectivamente trabajados.

No obstante, como señala Maldonado Molina antes de la reforma, esta situación “económicamente suponía un trato difícil de comprender, aunque podía encontrar sentido en el hecho de que con la figura del “período de carencia” lo que prevalece es el tiempo asegurado, y si éste equivalía con los de trabajo efectivo, era razonable que solo computaran los días efectivamente trabajados. Pero realmente no era así en todos los extremos, porque la situación en alta (que es lo que permite estimar un período como “asegurado”), se mantenía durante toda la vigencia del contrato; y las cotizaciones no se realizaban solo en atención a los días trabajados, sino mensualmente”³³.

En cuanto a otros aspectos como la discriminación indirecta por motivo de género, en orden al desempleo, para estos colectivos de trabajadores a tiempo parcial, también se han impulsado cambios legislativos forzados esta vez por una Cuestión Prejudicial ante el TJUE³⁴. No apreciando este último elemento que justifiquen la diferencia de trato entre los que prestan servicios parcialmente de tipo vertical con la horizontal, sin que pueda fundarse tal discriminación en el principio de contributividad.

A la hora de tratar una solución, la escogida por el por el legislador ha sido la eliminación de prejuicios entre colectivos, pero con impacto económico neutral para los trabajadores verticales. En este sentido y buscando una solución lo más beneficiosa posible ante estas demandas sociales, la reforma del cómputo del período de ocupación cotizada en orden al desempleo realizada por el Legislador ha tomado como punto de partida la eliminación del diferente trato de estos colectivos de trabajadores de las dos modalidades tanto horizontal como vertical del trabajo parcial en materia de base reguladora.

Tanto en unos como en otros, el legislador ha decidido considerar como tiempo cotizado aquel relativo a la vigencia del contrato, dejando de tener en cuenta los días de trabajo efectivo y la jornada. Es decir, si la intencionalidad del fallo del TJUE en su STJUE de 9 de noviembre era la eliminación perjuicios para para los trabajadores verticales frente a los horizontales, el legislador creyendo seguir

³¹ Publicado en el BOE del 28 de julio de 2018.

³² *Vid.* MALDONADO MOLINA, J.A. “El desempleo de los trabajadores a tiempo parcial a propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el borrador de reforma”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. LABORUM* n° 15.P.129

³³ *Vid.* MALDONADO MOLINA, J.A. “Op. Cit. P.129.

³⁴ *Vid.* STJUE de 9 de noviembre de 2017.

este cometido, procedió a través de la norma a establecer el cálculo de la misma forma que a los horizontales.

La opción escogida, elimina de manera eficaz situaciones discriminatorias aunque deja en situación comprometida a aquellos trabajadores verticales que deseen obtener una prestación por desempleo, pues con esta nueva regla, éstos obtendrán unas bases reguladoras más bajas y por ende una menor cuantía de las prestaciones, pues el cálculo de la BR en el desempleo de los trabajadores parciales horizontales se realiza partiendo de los 180 últimos días naturales, y no los últimos 180 días cotizados como se venía tomando hasta ahora, permitiendo ampliar el período temporal a considerar por encima de los 180 días naturales.³⁵

Esta reforma pese a eliminar las situaciones desigualdad sacrificando la reducción de las cuantías por desempleo, y favoreciendo el empobrecimiento del trabajador, neutraliza³⁶ este negativo impacto económico a través de unas mejores condiciones en cuanto a reconocimiento de más días como cotizados en orden al período de carencia y la duración.

El camino idóneo que debería tomar el legislador planteado por Maldonado Molina, vendría dado por una reforma en la que el interesado opte por “una base reguladora más amplia que la que le correspondería de 180 días, en el sentido de que el trabajador puede ver calculada su base reguladora conforme a la regla que le resulte más favorable de las dos siguientes: bien del promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 180 días naturales (regla general); bien el promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 360 días naturales (que es el mínimo exigido, como se sabe, para acceder a la cobertura), (sería una regla especial a la que podrían recurrir este tipo de trabajadores si les fuese más beneficioso)”.

4.1.2. La lucha de la doctrina del TC frente a la vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta en materia de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial

Tradicionalmente, en España los trabajadores a tiempo parcial a efectos de cómputo de la vida laboral a la hora de obtener o alcanzar una determinada cuantía de la pensión de jubilación, no han tenido la misma consideración que los trabajadores a tiempo completo.

En este sentido, el legislador ha venido considerado qué, en esta materia, cualquier trabajador que realizase un contrato a tiempo parcial, tendría computada su vida cotizada en días mientras que para aquellos trabajadores que no prestasen sus servicios en una jornada completa, la cuestión quedaba resuelta mediante el uso de reglas de proporcionalidad o la suma de horas hasta completar un día³⁷, (clara desventaja que no se aplicaba a los trabajadores a tiempo completo).

³⁵ Más ampliamente: *Vid.* MALDONADO MOLINA, J.A. “El desempleo de los trabajadores a tiempo parcial a propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el borrador de reforma”. *Óp. Cit.*P.130

³⁶ El proyecto de Real Decreto, consideraciones al respecto. Una de cal y una de arena. *Vid.* Maldonado Molina, J.A. “El desempleo de los Trabajadores a Tiempo Parcial. A propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el Borrador de Reforma”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum* nº 15 (2º Trimestre 2018) Estudios Doctrinales ISSN: 2386-7191 – ISSN: 2387-0370.

³⁷ Siguiendo a MALDONADO MOLINA, esta era una opción rechazable, no sólo por la Doctrina, sino también por la jurisprudencia), (...) “y ello porque lo que debe primar en orden al cálculo de la vida laboral no es la cantidad cotizada, sino el tiempo cotizando, ya que el importe se debería tener en cuenta solo en orden a la base reguladora, y no de cara a medir la extensión de la vida laboral cotizada. Todo ello máxime si se tiene en cuenta que la cotización de los trabajadores a tiempo parcial (tanto si prestan los servicios en la modalidad horizontal como vertical) se extiende al alta durante toda la vigencia del contrato, aunque solo se cotiza por las horas que efectivamente trabajan (pero con una base de cotización mensual, dato este importante) (art. 246 LGSS)”. más ampliamente, MALDONADO MOLINA, J. A. (2019). Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas

Partiendo de situaciones como la descrita, el Tribunal Constitucional en su sentencia 91/2019 elimina el coeficiente global de parcialidad³⁸ en el cálculo del porcentaje por años de cotización del importe de la pensión de jubilación, dado que en ese coeficiente discrimina de forma indirecta a la mujer trabajadora, y se declara inconstitucional.

Tras la sentencia, los pasos seguidos por el legislador para llegar a la asimilación de los trabajadores a tiempo parcial con aquellos que hacen a tiempo completo son lentos, por ello, actualmente con un contenido que en buena parte es tributario de la reforma efectuada por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, el capítulo XVII del título II de la actual Ley general de la Seguridad Social (LGSS 2015), posee normas cuestionadas³⁹ por el TC y heredadas de textos anteriores⁴⁰ las cuales versan precisamente sobre este cometido de asimilación regulando disposiciones a través de su sección 1.ª dedicada a los trabajadores contratados a tiempo parcial en sus arts. 245 a 248.

A pesar de que el art. 245.1 ofrece protección social a estos colectivos de trabajadores a tiempo parcial a través del principio de asimilación con aquellos que realizan su jornada a tiempo completo, a continuación, el precepto puntualiza que, se regirá también “específicamente por lo establecido en este capítulo y en los artículos 269.2 y 270.1 con relación a la protección por desempleo”. Dentro de este capítulo, los artículos 247 y 248 regulan estas reglas, pero distan, como veremos a continuación, de la buscada asimilación entre trabajadores a tiempo parcial y completo⁴¹.

Por otra parte, a la hora de tratar los artículos 247 y 248 LGSS previos a la reforma debe señalarse que han sido hasta su derogación reglas muy cuestionadas lejos de la asimilación entre trabajadores a tiempo parcial y completo

En un pasado reciente, el artículo 247 recogía 3 incisos: a), b), y c) con unas discutidas directrices de cálculo para determinar si se tenía el tiempo mínimo de años que permitían el acceso a la prestación, aplicando los coeficientes que contenía, y para calcular el periodo de cotización para fijar el porcentaje sobre la base reguladora:

Inciso a)-La operación se basaba en la realización de una multiplicación matemática, cuyo primer factor eran los días naturales en los que el trabajador se había mantenido en alta con contrato a tiempo parcial, y como segundo factor un coeficiente de parcialidad que venía determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, resultando como producto de dicha operación el número de días que se consideraban efectivamente cotizados en cada periodo.

de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 439, 178-188.

³⁸ En este sentido, el TC en aras de la igualdad intenta dar dos pasos adelante, en primer lugar, intenta establecer otro cálculo de los días cotizados en ese momento sólo para el supuesto de la jubilación; y en segundo lugar equiparar el importe de una pensión de jubilación por ejemplo de una trabajadora a tiempo parcial (por 3 horas al día de martes a viernes las cuatro semanas del mes, durante 33 años) y el importe de la pensión de jubilación de un trabajador a jornada completa (8 horas al día) con igual periodo de cotización.

³⁹ La norma cuestionada por el TC es la LGSS de 1994, que de forma implícita afecta a los preceptos correspondientes a la de 2015, pues la misma sentencia subraya que “incluso aunque sea sustituida, como ocurre en el presente caso, por una regulación idéntica, no implica, no obstante, una pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad”, añadiendo que las reglas cuestionadas «siguen estando vigentes en virtud de los arts. 245 y ss. LGSS 2015

⁴⁰ Como el actualmente declarado inconstitucional art. 248.3 LGSS 2015, el cual deriva del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, de la LGSS de 1994 (que se titulaba “Bases reguladoras”).

⁴¹ Véase más ampliamente, MALDONADO MOLINA, J. A. (2019). Op.Cit. 178-188.

Al número de días que resultaban se le sumaban, 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.

Inciso b) Se procedía a calcular el coeficiente global de parcialidad⁴² siendo este el porcentaje que representaba el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizaba exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trataba del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

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

En definitiva, para los trabajadores a tiempo parcial, el derogado artículo 247 de la LGSS lo que venía permitiendo era establecer un sistema de cálculos que daban como resultado final un perjuicio para los trabajadores a tiempo parcial, pues se les ocasionaba una reducción del periodo de cotización respecto a un trabajador a tiempo completo.

A partir del 1 octubre 2023 quedó modificado el Artículo 247, ahora redactado por el apartado veintiséis del artículo único del R.D.-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones («B.O.E.» 17 marzo)

En este sentido, para el cómputo del tiempo mínimo de años que permite el acceso a la prestación, continúan teniéndose en cuenta los distintos periodos 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, quedando desde la citada fecha eliminados los incisos a), b) y c) con las siguientes novedades:

1º A la hora de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones, se incluyen el nacimiento y cuidado de menor junto a las ya conocidas de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad.

2º Eliminación de la multiplicación matemática del apartado a), cuyo primer factor eran los citados días naturales en los que el trabajador se había mantenido en alta con contrato a tiempo parcial, y como segundo factor el ya también eliminado coeficiente de parcialidad apartado b)) que venía determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, resultando como producto de dicha operación el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumaban, 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.

⁴² Este coeficiente se halla mediante el cálculo que se obtiene de dividir los días cotizados de una persona (tanto a jornadas parciales como a jornadas completas) por los días de alta en Seguridad Social y multiplicarlo por 100.

3º Eliminación del Inciso c) donde el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido era considerado el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refería la derogada la letra b).

A tal efecto como veremos a continuación, también el todavía vigente artículo 248.3 de la LGSS ordena, una remisión al artículo 247.a) de la LGSS, derivándose de nuevo una diferencia de trato injustificado en la fijación del periodo de cotización (ya que, para los trabajadores a tiempo completo irá en función del tiempo real, mientras que para los trabajadores a tiempo parcial irá “artificialmente”⁴³, en función un valor reductor).

Otro aspecto a tratar versa sobre la lenta reacción del legislador a la inconstitucionalidad del Art.248 LGSS, en este sentido, el TC al margen de la igualdad de género, fue declarado inconstitucional al establecer la regla relativa a cómputo de la vida laboral en orden al porcentaje (art. 248.2 LGSS). En lo relativo a la cuantía, si bien la literalidad del art 248 LGSS en su número 3 se centraba en recoger fórmulas para la base reguladora y el porcentaje de las pensiones de jubilación, ya lo hacía a través de un precepto ya declarado inconstitucional que no era sino una simple versión refundida del precepto equivalente ya citado de la LGSS de 1994 objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 91/2019⁴⁴.

En concreto, el viejo inciso del art. 248.3 LGSS 2015 venía a expresar que a efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resultaban de aplicar las reglas previstas para la transformación de días naturales a días cotizados se tomaba para calcular el porcentaje, pero aplicando a tales periodos el coeficiente del 1,5, de modo que se incrementaban el número de días cotizados un 50 %, pero con un límite: el número de días resultante no podía ser superior al periodo de alta a tiempo parcial (al número de días naturales en alta a tiempo parcial). Una vez aplicado el coeficiente multiplicador a los días cotizados a tiempo parcial (no a toda su carrera laboral), a la base reguladora se le aplicaba el porcentaje que correspondiese según la escala general.

Este sistema de cálculo penalizaba, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo.

Si el TC a través de la Sentencia nº 91/2019 declaraba inconstitucional la aplicación del coeficiente de parcialidad exclusivamente para el caso de la pensión de jubilación, no hubo un transcurso de tiempo dilatado cuando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, en el procedimiento 1733-2020 en relación con este inciso del art 248.3 LGSS planteó una cuestión de inconstitucionalidad que cual fue admitida a trámite por el Pleno del TC mediante providencia de 20 de abril de 2021 con número 1530-2021

Consideró la Sala del TSJ de Asturias que, a la luz de los razonamientos de la Sentencia de Tribunal Constitucional n.º 91/2019, cabía “entender que las reglas de cálculo de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común para trabajadores a tiempo parcial

⁴³ El Tribunal Constitucional no considera justificado que a los trabajadores a tiempo parcial se les aplique de manera impropia o como señala «artificial» un valor reductor a diferencia de lo que se practica con los trabajadores a tiempo completo.

⁴⁴ «En particular, deriva del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, de la LGSS de 1994 (que se titulaba «Bases reguladoras»), señalando que para la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación se remite al párrafo segundo de la letra a) de la regla segunda («Periodos de cotización») de la misma disposición adicional séptima» *Vid. MALDONADO MOLINA Op. Cit.*

pueden entrañar, por las mismas razones ya indicadas para la pensión de jubilación por el Tribunal Constitucional en esa STC n.º 91/2019, una diferencia de trato no justificada y por lesiva del derecho a la igualdad”.

Posteriormente el inciso “de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común” del párrafo primero del número 3 del artículo 248 terminó siendo declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Sala Primera) 155/2021, de 13 septiembre («B.O.E.» 20 octubre), con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia.

En la determinación de la base reguladora de las prestaciones económicas el art 248 LGSS sigue manteniendo antiguas reglas que se basan en una solución general como la del primer inciso apartado a) en cuanto al cálculo de la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente conforme a la regla general.

En el nuevo Art 248.1, epígrafe b), cambia los términos de base reguladora diaria de prestación “por maternidad y por paternidad” por el de “nacimiento y cuidado de menor”. Dicha operación es el cociente de dividir entre trescientos sesenta y cinco la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa en los doce meses naturales inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

Ahora también debe tenerse en cuenta que, si las bases de cotización acreditadas en la empresa con anterioridad al mes previo al del hecho causante se refieren a un período inferior a doce meses, la base reguladora diaria en este nuevo caso será el resultado de dividir la suma de las bases cotizadas acreditadas entre el número de días naturales a que esas cotizaciones correspondan.

En los supuestos en que la persona haya ingresado en la empresa en el mes anterior al del hecho causante o en el mismo mes de éste, para el cálculo de la base reguladora se tendrán en cuenta las reglas establecidas, respectivamente, en los párrafos primero y segundo del artículo 179.2.

No obstante, la prestación por nacimiento y cuidado de menor podrá reconocerse mediante resolución provisional conforme a lo previsto en el artículo 179.3”.

5. CONCLUSIONES

Visto el ejemplo de la singladura de estos dos preceptos legales, es fácil observar cómo el Derecho del Trabajo tradicionalmente se ha encontrado despojado de los valores sociales de integración y estabilidad en el empleo con el que ha venido entendiéndose en el marco del Estado de Bienestar.

Este hecho, ha venido dado por la expansión de nuevas formas denominadas “de trabajo atípico”. Dicho síndrome oportunista nacido en los albores de la era de la disrupción digital, genera unas condiciones que, aunque sean legales, se traducen para el trabajador en el mantenimiento de un nivel de vida cerca de los umbrales de la pobreza sostenida en salarios bajos y que de manera automática dentro de un círculo vicioso generan serias dificultades para gozar del amparo protector del Sistema de Seguridad Social debido precisamente a las consecuentes insuficientes aportaciones de los trabajadores durante su vida laboral para poder ser acreedores de una futura pensión adecuada.

La clave de esta problemática reside tanto en el diseño del Sistema de protección social como en la lenta respuesta legislativa para hacerlo evolucionar y combatir la precariedad laboral, pues tanto el modelo español como los europeos, hoy anticuados, fueron diseñados tradicionalmente para ofrecer protección a trabajadores que disfrutaban de largas carreras laborales tan estables como lineales.

Los avances tecnológicos que han irrumpido en las empresas dado lugar a una competitividad sin precedentes han sacrificado el clásico modelo de relaciones laborales (haciéndolo mutar a otro en beneficio de la rentabilidad empresarial) sostenido por colectivos de trabajadores “atípicos” o “precarios” dotados de salarios bajos, creando distorsiones para aplicar el principio de contributividad y permitiendo que el sistema deje de funcionar.

Estos elementos discordantes que han provocado de manera inevitable un bajo nivel de protección social han permitido la pervivencia de preceptos normativos inconstitucionales como los ya derogados artículos 247 y 248 de la Ley General de la Seguridad Social de 2015.

El TC, a pesar de los efectos perniciosos que aportaron estos preceptos, no consiguió impactar en la conciencia del legislador la intención de subsanar normas que por su dilatada vida legislativa han ido propiciado la desigualdad entre los trabajadores verticales y horizontales. No obstante, gracias a la insistencia y a grandes fenómenos como el impulso que ha ofrecido la Sentencia nº 91/2019, se ha hecho posible acabar con una arista más de la precariedad laboral a través de la revisión del cómputo de la vida laboral de los trabajadores a tiempo parcial, promoviendo el nacimiento de una norma que ha ido más allá, generando expectativas para la consecución de una verdadera igualdad, más allá de la discriminación indirecta por motivo de sexo.

Si el trabajo atípico tradicionalmente ha tenido como consecuencia la observancia en un segundo plano de los problemas básicos de la sociedad en torno a la discriminación entre estos colectivos de trabajadores precarios, el espíritu de los avances jurisprudenciales tan necesarios para hacer frente a las desigualdades/situaciones discriminatorias de los trabajadores atípicos, ha promovido la culminación de fenómenos como la modernización del sistema público de pensiones que ha terminado reforzado los principios de suficiencia, equidad y sostenibilidad aportados por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Este hecho, aunque tardío, ha generado la esperada reforma de la LGSS, (con la citadas nuevas redacciones de los viejos e inconstitucionales preceptos de los arts 247 y 248 LGSS entre otros), siendo este el signo de nuevos avances en materia de protección para estos colectivos vulnerables.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BECK, U. “¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización”, Paidós Estado y Sociedad, 1998. pág. 98.
- CABEZA PEREIRO, J. (2013). El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español. Albacete: Bomarzo., p. 17
- DOLADO J.J., ORTIGUEIRA, S. y STUCCHI, R. Does dual employment protection affect TFP? Evidence from Spanish manufacturing firms, CEPR Discussion. Paper No. 8763 (Centre for Economic Research, 2012).
- LYONETTE, C., BALDAUF, B. y BEHLE, H. (2010). Quality part-time work: a review of the evidence, Government Equalities. London: Office, p. 7. Citado por Cabeza Pereiro. 2013.
- MALDONADO MOLINA, J. A.. El trabajo a tiempo parcial. Flexibilización y reparto del tiempo de trabajo. En J. L. MONEREO PÉREZ y A. MÁRQUEZ PRIETO (Dirs.), La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura (pp. 580-589). CARL, Sevilla. 2016

- MALDONADO MOLINA, J. A. El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación. RTSS.CEF. 2018.
- MALDONADO MOLINA, J. A. Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 439. 2019.
- MALDONADO MOLINA, J. A. “El desempleo de los Trabajadores a Tiempo Parcial. A propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el Borrador de Reforma”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum* nº 15 (2º Trimestre 2018) Estudios Doctrinales ISSN: 2386-7191 – ISSN: 2387-0370.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. *Derecho al trabajo y políticas de empleo, en Sempere Navarro, A., El modelo social en la Constitución española*, ed. Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, 2003
- MOLINA NAVARRETE, C. El Nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la Jurisprudencia Comunitaria, La Ley, 2017 (en especial el Capítulo Preliminar, “El nuevo modelo multinivel de justicia social: el TJUE como fuente de (re)-creación del derecho del trabajo”; del mismo, «La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de “última palabra”?: Experiencias de tutela del contratante débil”, La Ley, núm. 9008, 2017.
- ROMAGNOLI, U., Renacimiento de una palabra, RDS, n31, 2005.

6.1. Webgrafía

- <https://www.sepe.es › informes:09019ae381a473a5>
- EUROFOUND (2009). European Company Survey 2009. Part-time work in Europe. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2010/86/en/3/EF1086EN.pdf (consultado el 1 de agosto de 2022).
- <https://istas.net/salud-laboral/trabajos-trabajadores-y-colectivos/trabajo-precario>
- <https://vlex.es/vid/trabajo-autonomo-precario-indagacion-731884081>
- https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2010/86/en/3/EF1086EN.pdf (consultado el 1 de agosto de 2022).
- <https://www.oecd.org/publications/oecd-pensions-at-a-glance-19991363.htm>
- <https://www.sydle.com/es/blog/que-es-disrupcion-digital-6138c89003a41c189994ac7d/>

6.2. Disposiciones legales, informes y resoluciones

- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos (2013/2111(INI)).
- Informe Oficina Internacional del trabajo – Ginebra: OIT, el empleo atípico en el mundo: retos y perspectivas. 2016 ISBN 978-92-2-331208-4 (pdf web).
- Convenio núm. 175 (c175) sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994.

6.3. Jurisprudencia

STC 155/2021, de 13 septiembre («B.O.E.» 20 octubre).

STC 91/2019, de 3 de julio de 2019.

STC 61/2013, de 14 de marzo.

STC 71/2013 de 8 de abril de 2013.

STC 72/2013, de 8 de abril de 2013.

STC 116/2013 de 20 de mayo.

STC 117/2013, de 20 de mayo.

STJUE de 22 de noviembre de 2012, Asunto C-385/11.

STJUE de 9 de noviembre de 2017.