

TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 91/2019, DE 3 DE JULIO DE 2019

PART-TIME WORK AND SOCIAL SECURITY. CONCERNING
CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENT 91/2019 OF 3 JULY
2019

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
sanuran@ucm.es

FRANCISCA MORENO ROMERO

Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid
fmorenoromero@ucm.es

RESUMEN

El binomio Trabajo a Tiempo Parcial y Seguridad Social ha presentado tradicionalmente una marcada complejidad. En orden a los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad del Sistema de Seguridad Social, han sido varios los intentos de ordenación en nuestro ordenamiento jurídico. Hoy, de nuevo, replanteados a raíz de la Sentencia del TC 91/2019, que orientan las reflexiones y propuestas ponderadas de futuro, mitigando el factor de parcialidad y adoptando una medida compensatoria y no pensionable para quienes el salario de la parcialidad no haya constituido su fuente principal de subsistencia.

Palabras clave: Trabajo a tiempo parcial; Pensión de jubilación; base reguladora; política de empleo; discriminación por razón de sexo.

ABSTRACT

The binomial Part-Time Work and Social Security has traditionally presented a marked complexity. In order to comply with the Social Security System's principles (

contribution, proportionality and equity), several attempts have been made to organize the legal system in our legal system. Today, once again, they have been rethought in the wake of Ruling 91/2019 of the Constitutional Court, which provides guidelines for thoughtful consideration and proposals for the future, mitigating the factor of partiality and adopting a compensatory and non-pensionable measure for those whose main source of livelihood has not been the salary of partiality.

Keywords: Part-Time Work; Retirement pension; regulatory basis; employment policy; Gender discrimination.

RESUMO

O binomio traballo a tempo parcial e Seguridade Social presentou tradicionalmente unha marcada complexidade. En relación aos principios de contributividade, proporcionalidade e equidade do Sistema de Seguridade Social, foron varios os intentos de ordenación no noso ordenamento xurídico. Hoxe, de novo, reformulados por mor da Sentenza do TC 91/2019, que orientan as reflexións e propostas ponderadas de futuro, mitigando o factor de parcialidade e adoptando unha medida compensatoria e non pensionable para quen o salario da parcialidade non constituíse a súa fonte principal de subsistencia.

Palabras clave: Traballo a tempo parcial; Pensión de xubilación; base reguladora; política de emprego; discriminación por razón de sexo.

1. Problemática histórica de la regulación del trabajo a tiempo parcial en materia de protección social

El binomio conformado por el trabajo a tiempo parcial y su regulación en materia de Seguridad Social ha presentado tradicionalmente una marcada complejidad. Así es, desde su primera regulación, han sido varios los intentos fracasados por configurar su ordenación en orden a los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad, básicos y característicos del sistema español de Seguridad Social.

A través de una aproximación somera al itinerario normativo desarrollado en base a esta relación "trabajo a

tiempo parcial-protección de seguridad social”, se aprecian claramente los diversos virajes -legislativos, jurisprudenciales, legislativos de nuevo...- que han caracterizado el transitar normativo de esta modalidad de trabajo singular¹. Así es, la primera referencia² que encontramos a una regulación diferenciada del trabajo a tiempo parcial en relación con su protección social, se encuentra contenida en el Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980. En su art. 12 -desarrollado reglamentariamente por Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio-, si bien no se contenían reglas específicas en materia de protección social, se autorizaba al Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social a proceder “a efectuar las adaptaciones precisas en las normas que configuran el régimen de cotización y prestaciones de la Seguridad Social y de Desempleo, para su aplicación a los supuestos en que los presupuestos beneficiarios de la acción protectora estén o hayan estado

1 SÁNCHEZ-URAN AZAÑA y GIL PLANA se refieren al traspaso al Sistema de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, una vez se reconoció en nuestro ordenamiento jurídico este tipo de contrato, señalando que “ese traspaso requería adoptar medidas legales relativas al ámbito temporal y económico de la cotización para fijar en este caso la relación de proporcionalidad entre la cotización o contribución y la cuantía de la prestación en relación al modelo tipo del trabajo a tiempo completo en el que se fundamentó dicho Sistema y respecto del que se han establecido sus reglas a lo largo de la evolución legislativa. Este fue, y sigue siendo, el término de comparación respecto del que el legislador hubo de determinar si cabía traspasar a la Seguridad Social una diferencia de trato (razonable, justificada, proporcional) fundamentalmente en el cálculo del período de carencia para acceder a determinadas prestaciones (...). Es así como desde entonces se adoptó la regla de proporcionalidad entendida como graduación de la regla general (período de cotización), prevista para los trabajadores a tiempo completo, atendiendo a los diferentes niveles de parcialidad de la jornada de un trabajador a tiempo parcial. No se pensaba entonces tanto adaptar la regla general a las condiciones de la jornada de trabajo real de los trabajadores a tiempo parcial como que ésta, la jornada efectiva (horas trabajadas) debía utilizarse tanto para calcular la cotización como los períodos de carencia exigidos como requisito para acceder a determinadas prestaciones”, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GIL PLANA, J., *Pensión de jubilación. Últimas reformas legales*, Thomson Reuters, 2014. Págs. 190-191.

2 Con antelación, podemos hacer referencia al contenido de la LGSS.1974, en la que, conforme a su art. 74.4, la base de cotización tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional “cualquiera que fuere el número de horas que se trabajen diariamente”.

acogidos a contrato de trabajo a tiempo parcial” (Disposición Final Tercera). En uso de esta habilitación, el Ministerio dictó la Orden de 20 de enero de 1982, donde se disponía la ordenación de la cotización de los trabajadores a tiempo parcial, en relación con sus bases reguladoras pero de nuevo, sin hacer referencia a los periodos de cotización exigibles. No obstante, la Disposición Final Segunda de esta norma, autorizaba a las Subsecretarías para la Seguridad Social y de Empleo y Relaciones Laborales para dictar las normas precisas para la aplicación de la referida Orden. Dando trámite a esa autorización, se dictó la Resolución de 1 de febrero de 1982, de la Subsecretaría para la Seguridad Social por la que se dictan normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial. En su artículo 3º, apartado 1, se introduce una regla de proporcionalidad estricta al determinar que, a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos para causar derecho a las prestaciones en el régimen de Seguridad Social correspondiente, se computarían las horas o días efectivamente trabajados.

Es en este punto, donde aparece la modulación jurisprudencial de la normativa del trabajo a tiempo parcial en su conexión con las prestaciones de Seguridad Social en orden a su cotización. El Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 26 de mayo de 1993³ -con origen en recurso sobre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de junio de 1992⁴ sobre prestación de incapacidad temporal- viene a analizar el art. 12 del ET, en el desarrollo efectuado por R.D. 1362/1981. Tras el análisis, el TS concluye que para causar derecho a las prestaciones de que se trate, la regla a aplicar sería la de considerar cada día trabajado como día cotizado, independientemente de cuál hubiera sido la duración de la jornada diaria. Si bien la controversia se presenta en el concreto supuesto, en orden a una prestación de incapacidad temporal, lo cierto es que el pronunciamiento traslada sus efectos al conjunto de las prestaciones contributivas del sistema, al ser utilizado por

³ RJ 1993, 6374.

⁴ AS 1992/3090.

otras sentencias para resolver en orden a esas otras prestaciones. Además esta sentencia añade una importante consecuencia, al entender que el desarrollo reglamentario efectuado por el R.D. 1362/1981 sobre la materia "carece de eficacia normativa", por cuanto expone la sentencia, además de establecer que "la Orden de la que la resolución trae causa sólo versaba sobre cotización,, por lo cual la delegación que efectuaba obviamente había de quedar constreñida a tal materia, sin que pudiera considerarse extendida a condiciones exigibles para el reconocimiento de prestaciones (...)", esto es, señala que la Resolución de 1982 se había excedido en el establecimiento del sistema de cómputo de los períodos de carencia, por lo que entendió que su decisión no debía atenerse a las normas introducidas por aquélla.

La doctrina del TS en esta sentencia venía, ya entonces, a recordar que el Derecho de la Seguridad Social también está sometido al principio de jerarquía normativa instaurado en nuestro ordenamiento jurídicos, llamando la atención sobre la utilización frecuente de normas de rango inferior al debido para la regulación de algunas materias en el ámbito de la Seguridad Social.

El legislador no tardó en responder al criterio establecido por la doctrina del Tribunal Supremo, así el RD 2319/1993 de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994, elimina la consideración establecida en cuanto a "día trabajado, día cotizado", con el claro propósito de neutralizar el efecto *pro beneficiario* realizado por el alto Tribunal. De esta forma lo recoge su Disposición adicional novena, a saber, "en los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial, a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el Régimen de que se trate, para causar derecho a las prestaciones correspondientes, se computarán las horas o días efectivamente trabajados. A tal fin, cuando se trate de

⁵ En este sentido, véase CAVAS MARTÍNEZ, F, "La seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1/2005, parte Tribuna. Editorial Aranzadi, 2005.

trabajo por horas, el número de días teóricos computables será el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el número de las que constituyan la jornada habitual para la actividad de que se trate". De nuevo, con igual consideración que la recogida en la Resolución de 1 de febrero de 1982, se establece la regla de proporcionalidad en el cómputo de los períodos de carencia. De forma añadida, pero no menos importante, se resuelve la cuestión derivada del inapropiado, por insuficiente, rango de regulación que había puesto de manifiesto la STS de 26/05/1993⁶.

Posteriormente, se perfecciona normativamente el principio de proporcionalidad a través del dictado de dos leyes: la primera, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación -que procedía del R.D. Ley 18/1993, de 3 de diciembre-, donde se establecía que "a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos" (art. 4.3). Literal transcripción se trasladó a al art. 12.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Por su parte, la Ley 42/1994 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en su artículo 40 estableció que "los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas", eliminando así la referencia a los días trabajados, ello aunque se trate de contratos a tiempo parcial con jornada diaria completa pero

⁶ El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su sentencia de 7 de febrero de 1997, aceptó la suficiencia de rango de la nueva disposición; en todo caso referida a las prestaciones causadas a partir de la fecha de entrada en vigor del RD 2319/1993.

con menor número de días en la jornada semanal; consecuentemente, eliminando el diferente tratamiento que se había otorgado hasta entonces al trabajo a tiempo parcial horizontal y vertical, circunstancia que presenta una mayor coherencia e identidad con la propia conceptualización del trabajo a tiempo parcial. De esta forma, "se producía una racionalización a la baja, lo que determinaba que alcanzar los periodos de carencia se hiciera más difícil a medida que la jornada diaria fuera más baja. Sin embargo, se creaba una discriminación, un agravio comparativo entre trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial a efectos de protección social"⁷.

Es destacable la modificación efectuada con posterioridad por el Real Decreto-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 el fomento de su estabilidad⁸, que introdujo importantes novedades en materia de protección social de los trabajadores a tiempo parcial. La nueva regulación persigue, en materia de protección social, hacer compatibles el principio de contributividad propio del sistema de Seguridad Social con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial. En cumplimiento de este objetivo, la norma introduce una atenuación del principio de proporcionalidad en cuanto al cómputo del período de carencia, en el sentido de que, si bien mantiene el principio de cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas para la determinación de los períodos de cotización exigidos, lo atenúa a través de diversas reglas de corrección, a saber, se establece con carácter general el cómputo exclusivo de las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas -tanto

⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D. "Trabajadores temporales y a tiempo parcial", en *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible*, Tomo I, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Ediciones Laborum, 2019, pág. 443.

⁸ Antes, el 16 de mayo de 1997, se dictó el RD-Ley 8/1997, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, que suprimió la protección diferenciada de los trabajadores contratados por una jornada inferior a 12 horas semanales o 48 horas mensuales, reforma que se recogería posteriormente como Ley en la 63/1997, de 26 de diciembre.

ordinarias como, en su caso, complementarias-, introduciendo el cálculo de su equivalencia en días teóricos de cotización que, a su vez, equivaldrán a cinco horas diarias de trabajo efectivo -o mil ochocientos veintiséis horas anuales-, establecidas como jornada máxima anual por el E.T. De esta forma, la Disposición Adicional Séptima establece que, en orden a la acreditación de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarán las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas introduciendo a estos efectos, su equivalencia en días teóricos de cotización.

Junto a esta novedad, el RD-Ley, en un claro intento de corregir los efectos negativos del trabajo a tiempo parcial en cuanto al acceso a la protección, introduce una variable correctora, esto es, un coeficiente multiplicador del 1,5 a aplicar sobre los días teóricos de cotización, calculados como se ha visto. De esta forma, se aumenta el número de días cotizados para facilitar el acceso a las prestaciones de jubilación e invalidez permanente, ello teniendo en cuenta que el número resultante de días cotizados tras la aplicación de este coeficiente no sea superior al que correspondería de haberse realizado la prestación laboral a tiempo completo.

Posteriormente, el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el Real Decreto-ley 15/1998, añadió una regla especial referida al período inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante en el que se ha de reunir la cotización mínima para dar derecho a la prestación de que se trate, en el sentido de incrementar su proporción cuando se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente⁹.

⁹ R.D. 144/1999, de 29 de enero. Artículo 3. Períodos de cotización.

1. Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su

Con estos mimbres, no exentos de cuestionamiento¹⁰, el Tribunal Constitucional en sentencia n°61/2013, de 14 de marzo, declara inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1º de la Disposición adicional 7ª del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre¹¹, por entender que vulnera el artículo 14 de la Constitución Española desde una doble vertiente, esto es, por lesionar el derecho a la igualdad y por provocar, en base a la mayor incidencia del trabajo a

equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales.

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

¹⁰ Nos referimos a dos importantes pronunciamientos jurisprudenciales: en primer lugar, al efectuado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 253/2004, de 22 de diciembre que estimó cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establece que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Por otro lado, nos hemos de referir a la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 22 de noviembre de 2012, sobre una petición de pensión de jubilación rechazada por el INSS, por no acreditar el solicitante el período de cotización mínimo exigido, declarando que "el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada".

¹¹ A la citada sentencia se unirán las posteriores sentencias 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo, del Tribunal Constitucional.

tiempo parcial en la población femenina, una discriminación indirecta por razón de sexo.

Así es, si bien el TC admite que la regla correctora de la aplicación estricta del criterio de proporcionalidad (aplicación de un coeficiente multiplicador de 1,5) "atenúa los efectos derivados de una estricta proporcionalidad, favoreciendo que los trabajadores a tiempo parcial puedan alcanzar los períodos de cotización exigidos para causar la prestación de jubilación. No obstante, su virtualidad como elemento de corrección es limitada, y ni siquiera en el ámbito de esta prestación se consigue evitar los efectos desproporcionados que su aplicación conlleva en términos de desprotección social. (...) con la nueva regla ahora examinada, únicamente serán menos los trabajadores perjudicados por su aplicación, pero, respecto de ellos, la regulación cuestionada habrá de merecer similares reproches a la anterior, al resultar insuficiente su eficacia correctora". Unido a ello, el Tribunal recalca que la norma cuestionada sobre los trabajadores a tiempo parcial, al presentar éste una mayor incidencia sobre el empleo femenino -y no habiéndose presentado justificación objetiva que permita descartar la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo-, lesiona el derecho a la igualdad.

Nuevamente, el legislador se encuentra ante la tesitura de regular las normas de acreditación de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las correspondientes prestaciones en la modalidad de trabajo a tiempo parcial, en observancia de la nulidad establecida por el Tribunal Constitucional.

De esta forma y con la finalidad de integrar la laguna que dejó la nulidad de la regla aludida, se dicta Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social¹². En su exposición de motivos

¹² Cuya nueva redacción de la Disposición Adicional Séptima de la LGSS fue consensuada con los agentes sociales en el "Acuerdo para la mejora de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos", firmado por los sindicatos UGT, CCOO, la patronal y el Ministerio de Empleo y de Seguridad Social.

el gobierno "estima que existen razones de justicia social que aconsejan flexibilizar el número de años requeridos para acceder a una prestación, de modo que se garantice en todo momento el principio de igualdad de los trabajadores, tanto para los de tiempo parcial como para los de tiempo completo". En base a una fórmula que pretende exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a tiempo parcial, la norma se marca como objetivo evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que reciba, incorporando para ello una modificación legal por la cual se atiende a los periodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo¹³.

De este modo, el art. 5 del Real Decreto-Ley se encarga de establecer, con carácter general, la determinación del período de cotización acreditado por el trabajador. Para ello, se establece la siguiente fórmula: se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con contrato a tiempo parcial, independientemente de cuál sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos; al período de alta con contrato a tiempo parcial así determinado, se le aplicará el coeficiente de parcialidad -siendo este el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable-, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período. A los días resultantes, se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo. El resultado de esta suma será el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

Además, el art. 5 recoge algunas otras previsiones referidas al período mínimo de cotización, base reguladora y

¹³ Cuya nueva redacción de la Disposición Adicional Séptima de la LGSS fue consensuada con los agentes sociales en el "Acuerdo para la mejora de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos", firmado por los sindicatos UGT, CCOO, la patronal y el Ministerio de Empleo y de Seguridad Social.

porcentaje aplicable que se trasladaron, todas ellas y posteriormente, a los actuales artículos 247 y 248 de la LGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015.

Tras la exposición de este *íter* accidentado en la regulación del trabajo a tiempo parcial en orden al acceso de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, es evidente que los núcleos objeto de controversia se han movido tradicionalmente en torno a la consideración de los días trabajados-días cotizados, entendida por el legislador a lo largo del período descrito, como elemento nuclear sobre el que actuar para configurar una regulación normativa acorde con los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad. Pese a los virajes que la legislación ha dado para adaptarse a los pronunciamientos jurisprudenciales, estos tanto a nivel nacional como europeo, la controversia sigue de plena actualidad como veremos a continuación¹⁴, fundamentalmente por el efecto que ha tenido la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2019, que pasamos a analizar.

2. El último revés jurisprudencial a la normativa reguladora de la cuantía de la pensión de jubilación para los trabajadores a tiempo parcial: sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio

El pleno del Tribunal Constitucional, en sentencia nº. 91/2019 de 3 de julio de 2019, declaró por unanimidad que es inconstitucional, nulo y discriminatorio para la mujer que exista desigualdad entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo a la hora de fijar el periodo de cotización para el cálculo de su jubilación.

El Tribunal estima la cuestión interna de constitucionalidad y considera que el precepto legal que determina la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial es inconstitucional en el sentido en que la diferencia de

¹⁴ Sobre la controversia y la complejidad tanto a nivel histórico como actual, véase LLORENTE ÁLVAREZ, A. "¿Una nueva Seguridad Social para un nuevo siglo? Algunas reflexiones para un debate abierto", Revista Española de Derecho del Trabajo, num. 213/2018 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.

trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo a la hora de fijar el periodo de cotización para el cálculo de la pensión perjudica mayoritariamente a las mujeres.

Tal declaración de nulidad está referida al párrafo 1º de la letra c), de la Disposición Adicional 7ª, apartado 1º, del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (los actualmente vigentes artículos 247 a), párrafo segundo y art. 248.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

El planteamiento sobre el que se desarrolla la fundamentación del TC, por posible vulneración del art. 14 CE se realiza desde una doble perspectiva: por un lado, en la medida en que la diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los que lo son a tiempo completo, pueda vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley; por otro, por posible discriminación indirecta por razón de sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

Previo al examen de fondo que acabamos de plantear, el Tribunal realiza algunas consideraciones para fijar con precisión el objeto de la controversia, centradas en la vigencia de la norma cuestionada y el marco normativo en el que se encuadra (FJ 2º). Para ello, realiza el correspondiente análisis de la relación jurídica de cotización, requisitos de acceso y relación jurídica de la prestación, destacando en lo que al objeto interesa, la aplicación del sistema de cálculo basado en la aplicación del "coeficiente de parcialidad". A saber, los periodos trabajados a tiempo parcial no se computan completos, sino en proporción a la parcialidad, es decir, en función del porcentaje que representa la jornada realizada a tiempo parcial en relación con la realizada por un trabajador a tiempo completo. En definitiva, se toman en cuenta solo los días cotizados,

reducidos por la aplicación del coeficiente de parcialidad y corregidos por el coeficiente del 1,5, creado en su momento para reducir la diferencia entre una y otra forma legal, e incluso anular dicha diferencia cuando la parcialidad global del trabajador alcanza o supera el 66%, no así en el resto de supuestos.

Es imprescindible en este punto, acudir a la consolidada jurisprudencia del TC que llama la atención sobre el primer inciso del art. 14 CE donde se contiene “una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”(FJ 4^o, apartado a)).

Tras sintetizar la doctrina constitucional en torno a la igualdad en general, cuestión que acoge dos contenidos diferenciados, a saber, el derecho a la igualdad y las prohibiciones de discriminación (FJ 4), como se ha mencionado, el TC se centra en el sistema de cálculo de las pensiones contributivas, singularmente de jubilación. En este orden, los dos contenidos referidos convergen en la forma de abordar el análisis de la norma controvertida; en cuanto a la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional tiene asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el sentido de referirse a aquellas medidas que, “aunque formuladas de manera neutra perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres: tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo” (entre otras, SSTC 240/1999, de 20 de diciembre y 253/2004). De esta forma, continúa su

argumentación el TC, existirá discriminación indirecta cuando "una norma o una interpretación o aplicación de la misma (...) produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres", siempre y cuando los poderes públicos no puedan probar "que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo".

Por otra parte, el TC alude al derecho que los ciudadanos pueden ostentar en materia de Seguridad Social, que es de estricta configuración legal, por lo que el legislador dispone de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a razones económicas y sociales imperativas para la viabilidad y eficacia de aquél. Dicho lo cual, el legislador tiene como límites a esa libertad el respeto de los principios constitucionales, en este caso a las exigencias derivadas de los principios de igualdad y no discriminación (STC 61/2013).

El Tribunal extracta la doctrina dimanante de algunas de sus resoluciones en materias próximas, si bien el problema constitucional planteado no ha sido tratado con anterioridad. En este sentido, es destacable su pronunciamiento respecto del coeficiente multiplicador del 1,5 del que reconocía que "a pesar de atenuar los efectos derivados de una estricta proporcionalidad (...) su virtualidad como elemento de corrección es limitada, y ni siquiera en el ámbito de esta prestación (jubilación) se consigue evitar los efectos desproporcionados que su aplicación conlleva en términos de desprotección social" añadiendo que si bien "serán menos los trabajadores perjudicados por su aplicación (...), respecto de ellos, la regulación cuestionada habrá de merecer similares reproches a la anterior, al resultar ineficiente su eficacia correctora".

Desde el reconocimiento en la sentencia comentada de la primacía del Derecho de la Unión y del valor hermenéutico del acervo comunitario, el TC se hace eco de algunas de las más relevantes sentencias emitidas por el TJUE en esta materia, sentencias de 22.12.2012 (Elbal Moreno), de

14.04.2015 (Caldalchora Fernández), de 9.11.2017 (Espadas Recio) y la muy reciente de 8.05.2019 (Villar Láiz). Bajo estas premisas, el Tribunal analiza de forma secuencial si la fórmula de cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación para los trabajadores a tiempo parcial contemplada en la disposición legal cuestionada es o no compatible con el principio constitucional de igualdad y con la prohibición de discriminación, en este caso indirecta, por razón de sexo.

2.1. Sobre el principio y el juicio de igualdad a partir del elemento de comparación establecido por el TC, a saber, la situación de los trabajadores a tiempo completo, por un lado, y la de los trabajadores a tiempo parcial, por otro.

El Tribunal considera que la regla legal no se adecúa al principio de igualdad, por las siguientes razones:

- La cuantía de la pensión de jubilación se determina en función de dos factores: la base reguladora y el periodo de cotización (que sirve para fijar el porcentaje sobre la base reguladora, con lo que se obtiene el importe a cobrar). Si bien la base reguladora salvaguarda el principio de proporcionalidad entre ambos tipos de trabajadores, a tiempo completo y a tiempo parcial, no ocurre lo mismo con el cálculo del período de cotización. De forma tal que a los trabajadores a tiempo completo se les computa el tiempo cotizado por años y meses de cotización, sin practicar sobre ese periodo ninguna fórmula reductora; mientras que a los trabajadores a tiempo parcial se les aplica un coeficiente reductor sobre el tiempo cotizado -coeficiente de parcialidad-, a cuyo resultado se le aplica un coeficiente corrector del 1,5. De esta forma, "el tiempo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo". Solo si el porcentaje de parcialidad global alcanza o supera el 67% podrá, tras la aplicación de la regla reductora mencionada obtener el trabajador a tiempo parcial, el 100% de la base reguladora;

si el porcentaje de parcialidad no alcanza el 67%, aun aplicando el coeficiente multiplicador de 1,5, el porcentaje aplicable quedaría por debajo del que correspondería a los trabajadores a tiempo completo. De ello se deriva, más allá de una diferencia de trato en la fijación del periodo de cotización, que tal método "castiga, 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".

- Como se ha mencionado, la constitucionalidad de ese trato diferente podría salvarse si la medida tiene una justificación objetiva y razonable. El TC no halla tal justificación en la Exposición de motivos del Real-Decreto Ley 11/2013, que introdujo la regla de cálculo cuestionada, y achaca al legislador que se limitara a invocar un propósito normativo de igualdad entre ambos (trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial), para luego, a partir de la regla de cálculo tratar a unos y otros de forma diferente. Añade el Tribunal que los principios de contribución al sistema, proporcionalidad y equidad, ya quedan salvaguardados con el método de cálculo de la base reguladora, a partir de la base de cotización y "no dejan de estarlo porque el trabajador a tiempo parcial vea reconocido todo el tiempo de cotización de sus contratos en alta".

En consecuencia, el TC aprecia la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por vulnerar el derecho a la igualdad del inciso primero del art. 14 CE.

2.2. Sobre la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo.

El Tribunal considera que la regla legal no se adecúa al derecho constitucional de no discriminación por razón de sexo, por las siguientes razones:

- Se demuestra estadísticamente que el porcentaje de mujeres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial es claramente superior al de los hombres. Y si bien el dato aportado corresponde a estadísticas relativas al año 2018, el TC no deja pasar la ocasión para recordar que a igual conclusión llegó el propio Tribunal quince años antes, en su

STC 253/2004. Por ello, la regla cuestionada afecta a un mayor número de mujeres.

- El abogado del Estado y la letrada de la Administración de Seguridad Social no han podido justificar, con datos objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, la diferencia de trato dispensada a los trabajadores a tiempo parcial en lo referido a la regulación del cálculo de su pensión. En concreto, no han probado que la norma que dispensa una diferencia de trato responda a una medida de política social.

Respecto de la alegación realizada por la Letrada de la Admón. de Seguridad Social indicando que la situación de las mujeres perceptoras de prestaciones de Seguridad Social no sería de peor condición, al verse favorecidas por diversos beneficios recogidos en la legislación de Seguridad Social, el Tribunal advierte que no puede contrastar esos datos con la realidad estadística, al no haberse cuantificado el impacto de tales efectos atenuantes y que, en todo caso, dichos efectos solo podrían proyectarse sobre una parte de las trabajadoras afectadas, las que hayan sido madres o hayan interrumpido su vida laboral para el cuidado de menores.

- Reitera el TC que el principio contributivo no justifica el establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, cual es la inclusión para aquéllos del coeficiente de parcialidad en el cálculo de la cuantía de su pensión de jubilación.

- Por último, el TC menciona la reciente sentencia del TJUE, de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18) que concluye que "la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*".

Consecuentemente, el TC estima la inconstitucionalidad de la norma contenida en el precepto cuestionado por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo.

3. Efectos inmediatos de la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio, en la regulación interpretativa provisional del instituto nacional de seguridad social

Tras los importantes efectos de esta última sentencia del TC, y en tanto en cuanto no se lleve a cabo la modificación del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social que adapte el texto de la normativa a lo establecido por dicha sentencia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), ha publicado el Criterio de Gestión 17/2019, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, en fecha 12 de agosto de 2019, sobre el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación cuando el beneficiario ha desempeñado trabajos a tiempo parcial.

A través de este criterio interpretativo provisional se trata de permitir a la entidad gestora la aplicación de lo recogido por sentencia en cuanto a la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación para aquellos trabajadores que hayan desempeñado trabajo a tiempo parcial.

Así, los criterios de actuación recogidos establecen las siguientes pautas de actuación:

- El pronunciamiento de la STC, está referido únicamente a la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación.
- En los supuestos en los que el trabajador solicitante de la pensión de jubilación haya desempeñado trabajo/s a tiempo parcial, se tomarán en consideración los períodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de su jornada, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de aquella pensión.
- La sentencia surte efectos a partir de la fecha de su publicación en el BOE, esto es, desde el 12 de agosto de 2019, y es desde ese momento que se tendrá en cuenta la

nueva forma de cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación -en lo que al porcentaje aplicable a la base reguladora se refiere- en los casos de beneficiarios que hubiesen trabajado a tiempo parcial.

Como señala expresamente la sentencia, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, el pronunciamiento no se extenderá a las situaciones administrativas firmes.

- Respecto a las actuaciones en relación a expedientes de pensión de jubilación y reclamaciones previas a la fecha de publicación de la sentencia en el BOE (12/08/2019) que se encontrasen pendientes de resolución en esa fecha, se resolverán aplicando la sentencia del TC; respecto a las resoluciones de reconocimiento de pensión de jubilación que a fecha de 12 de agosto de 2019 no fuesen firmes -supuestos en los que habiendo sido desestimada, expresa o tácitamente, la reclamación previa formulada contra la resolución administrativa, a la fecha de publicación de la sentencia no hubiese transcurrido el plazo para formular demanda judicial-, se revisará de oficio o se resolverá la situación administrativa, según se trate de desestimación expresa o tácita, aplicando la sentencia del TC, con fecha de hecho causante y efectos económicos que hubieran correspondido inicialmente.

4. Reflexiones finales y propuestas

La estructura de descripción y análisis que se adopta en este artículo pretende ubicar la situación del trabajo a tiempo parcial en relación, fundamentalmente, con el último pronunciamiento del Tribunal Constitucional a propósito de la fórmula de cálculo de su pensión de jubilación -cuestión que ha provocado ríos de tinta desde comienzos de la década de 1980- en su enorme complejidad. Las sentencias del TJUE de 8 de mayo de 2019 y la mencionada del TC no han venido sino a recordarnos, de nuevo, la necesidad de afrontar aquella dificultad desde otra perspectiva.

Así es, las implicaciones y consecuencias que se desprenden de la doctrina jurisprudencial vista dejan de nuevo al legislador ante un importante reto en aras a ordenar de forma ajustada al texto constitucional y a la normativa

comunitaria, la regla de cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. Pero no solo, pues la dinámica de pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE y TC a lo largo de los últimos años nos indica que es imprescindible situarnos en un punto de inflexión, en cuanto a la regulación del trabajo a tiempo parcial, en general. Y, como veremos, el ámbito laboral¹⁵ y de seguridad social en esta tipología de trabajo son las dos caras de una misma moneda.

El mandato del artículo 50 CE es claro, a saber:

“los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”.

Es a la luz de este precepto que debe plantearse la regulación de la prestación de jubilación, en este caso de los trabajadores a tiempo parcial, en conexión directa con las características del nivel profesional-contributivo o, más específicamente, de la prestación profesional-contributiva, financiada mediante cuotas y con la finalidad de otorgar prestaciones sustitutivas adecuadas de las rentas de activo. Todo ello, además, desde la identificación y definición de los principios básicos de la configuración del Sistema de Seguridad Social, en su doble perspectiva constitucional y legal, o, más limitadamente si se quiere, los principios en los que se basa el derecho prestacional, también de los trabajadores a tiempo parcial, en su nivel contributivo.

¹⁵ Idea ya señalada, entre otros, por LLORENTE ÁLVAREZ y DEL VALLE DE JOZ, en uno de sus apuntes finales, a saber, “no cabe olvidar que las decisiones que puedan adoptarse en este campo, desde la perspectiva de la protección en materia de Seguridad Social, pueden tener trascendencia en el ámbito de empleo, por lo que quizás debería coordinarse la actuación también en este campo. Asimismo, si las medidas a adoptar tuvieran un alcance y profundidad considerable, sería deseable que estuvieran respaldadas por un importante grado de consenso” en LLORENTE ALVAREZ, A. y DEL VALLE DE JOZ, J. I. “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: jurisprudencia reciente y alternativas de reforma”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, Núm. 3/2013 parte Informes. Editorial Aranzadi, 2013.

4.1. Contextualización

4.1.1. El trabajo a tiempo parcial como instrumento de política activa de empleo de calidad

El trabajo a tiempo parcial ha sido desde sus inicios, y permanece siéndolo, una tipología de trabajo que, además de elementos flexibilizadores de jornada laboral, presenta un rasgo característico, cual es, su configuración como instrumento de política de fomento y reparto de empleo.

Es evidente que la utilización teórica de esta modalidad de trabajo típica¹⁶ presenta muchas virtudes, entre las que cabe destacar: por parte del trabajador, la posibilidad de incorporarse al mercado de trabajo cuando no dispone del tiempo necesario para poder llevar a cabo una prestación laboral a tiempo completo -o simplemente no lo desea- y, por parte del empresario, el hecho de poder proveerse de empleados para cubrir necesidades productivas de menor entidad que las correspondientes a un trabajo a tiempo completo, consiguiendo además con ello incrementar el número de empleos de forma global¹⁷.

Sin embargo, como decimos, esto sería en un plano teórico -sin ánimo de exhaustividad-. La realidad responde de forma diferente y la situación que caracteriza esta tipología de empleos es la de crear "un subestrato de trabajadores temporales especialmente precarios por lo reducido de su jornada y, por ende, con salarios especialmente escuetos y menguantes"¹⁸.

Estas valoraciones se hacen desde la perspectiva laboral, en concreto, como medida de fomento del empleo, si bien es aceptado que tal propósito no se ha conseguido a lo largo de los años, en su objetivo primigenio. No obstante, se mantiene vivo este objetivo, esto es, la búsqueda de un

¹⁶ El trabajo a tiempo parcial como forma típica es aquel empleo a tiempo parcial regular y voluntario, según el Considerando "N" de la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)) (2018/C 334/09).

¹⁷ Cuestión planteada, en términos más específicos, en GÓMEZ RUFÍAN, L. "La economía del contrato a tiempo parcial y el caso español en perspectiva comparada: la necesidad de una profunda revisión". Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2019 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

¹⁸ Ídem.

trabajo a tiempo parcial de calidad y, fundamentalmente, voluntario.

Así las cosas, parece evidente la interrelación entre la política de empleo destinada a generar un trabajo a tiempo parcial de calidad y la debida protección de Seguridad Social que reciben estos trabajadores, pues la menor protección en este sentido es un claro elemento desincentivador de aquella política¹⁹.

4.1.2. El binomio trabajo a tiempo completo/trabajo a tiempo parcial.

La estructura normativa del trabajo a tiempo parcial siempre tuvo una conexión directa y dependiente del trabajo a tiempo completo, como forma tradicional de trabajo fuertemente instaurada en nuestra sociedad sobre pilares sólidos tanto económicos, como sociales, culturales y, por supuesto, laborales. El trabajo a tiempo completo era parte de nuestra identidad cultural.

En el momento en el que irrumpen el trabajo a tiempo parcial²⁰, la dificultad de romper esta relación se presentaba altamente compleja y partía de dos posicionamientos clave, a saber, bien la ruptura de la ordenación del trabajo a tiempo parcial respecto del trabajo a tiempo completo, llevando a cabo una ordenación como un *solo cuerpo* regulatorio; o bien, el tratamiento singular de su regulación

¹⁹ En esta idea incide GALA DURÁN, C. "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: un paso atrás en el camino de la equiparación de condiciones. Comentario de la STC 156/2014, de 25 de septiembre", en IUSLabor, núm. 3/2014, pág. 2.

²⁰ A este tipo de contrato se refería ALONSO OLEA como "típico de empleos marginales y situaciones de pluriempleo", expresión que deja en evidencia la importante evolución hacia otras situaciones cubiertas por aquél, si bien se mantiene otra de sus afirmaciones "ante la escasez de trabajo, la limitación o reducción de la jornada se presenta como medida de promoción de empleo; lo que exige, es claro, que el tiempo liberado sea ocupado por otros trabajadores". Si bien en la primera cita ALONSO OLEA se refería al contrato a tiempo parcial en concreto y, en la segunda, a la jornada de trabajo en genérico, lo cierto es que ambas dejan de manifiesto esa enorme complejidad que permanece, casi cuarenta años después, constante. ALONSO OLEA, M. "Jornada de trabajo y temas conexos", Revista de Política Social, núm. 141, enero-marzo 1984, pág. 83 (primera cita), pág. 78 (segunda cita).

como derivación del trabajo a tiempo completo²¹. Esta disyuntiva se planteó tanto a nivel de la norma laboral, como de la ordenación en materia de Seguridad Social. Sin duda, por las consecuencias tan relevantes que planteaba la ruptura aludida en cuanto a su base regulatoria, entre otras razones, se apostó en el ámbito laboral por regular desde la singularidad del trabajo a tiempo parcial. La Seguridad Social, en su caso y con una aún mayor complejidad, siguió la misma estela: trabajo a tiempo parcial como singularidad del trabajo a tiempo completo. De aquellos barro vienen estos lodos.

Como se ha puesto de manifiesto, son muchos los devenires que ha sufrido la ordenación jurídica del trabajo a tiempo parcial desde aquella "decisión". Así es, numerosos son los parches adoptados tras los diversos ajustes requeridos por los pronunciamientos jurisprudenciales, fundamentalmente. De cara al posible planteamiento futuro, tal vez fuese útil partir de la identificación del papel que presenta el trabajo a tiempo parcial en la actualidad, diferente al que tuvo en el momento en el que se llevó a cabo la traslación directa del núcleo de la normativa proporcional-estricta entre trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial.

4.1.3. La perspectiva más amplia desde la configuración del mercado sociolaboral, con referencia concreta a la feminización del trabajo a tiempo parcial

El trabajo a tiempo parcial ha presentado en nuestro país, tradicionalmente, un bajo impacto en su mercado de trabajo. Sin embargo, en los últimos años -decenios- ha observado un crecimiento sostenido que revela una mayor importancia cuantitativa de esta modalidad contractual. La crisis económico-financiera iniciada en el año 2008 disparó inusualmente la utilización de este tipo de contrato, sin embargo, la serie histórica, como decimos, nos muestra un creciente peso específico de este tipo de contratación, al margen de su especial utilización en tiempo de crisis.

²¹ El planteamiento descrito se recoge de forma muy acertada y precisa en TORTUERO PLAZA, J. L. "Apuntes para un debate sobre el trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 9, 1998. Págs. 51 a 71.

DATOS RELATIVOS A NÚMERO DE TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL RESPECTO DEL TOTAL DE TRABAJADORES			
	2008	2014	2019
Ocupados totales	20.620.000	16.950.600	19.471.100
Ocupados con contrato a tiempo parcial	2.434.200	2.746.100	2.900.700
% trabajadores a tiempo parcial sobre total ocupados	11,81%	16,20%	14,90*
Incremento del número de trabajadores a tiempo parcial respecto del año dato anterior (excepto 2008, cuya diferencia se calcula respecto año anterior, 2007)	-48.900	+ 311.900	+ 154.600

Fuente: Elaboración propia a partir de datos INE. (Sobre datos del primer trimestre de cada año).

* Según el INFORME DE COYUNTURA LABORAL. ENERO 2020 elaborado por la Confederación sindical de Comisiones Obreras (04/02/2020), en el último trimestre de 2019, la tasa de parcialidad se situó en el 16% (pág. 5). <https://www.ccoo.es/6c3004e5eb417a645935e96f112562c1000001.pdf>

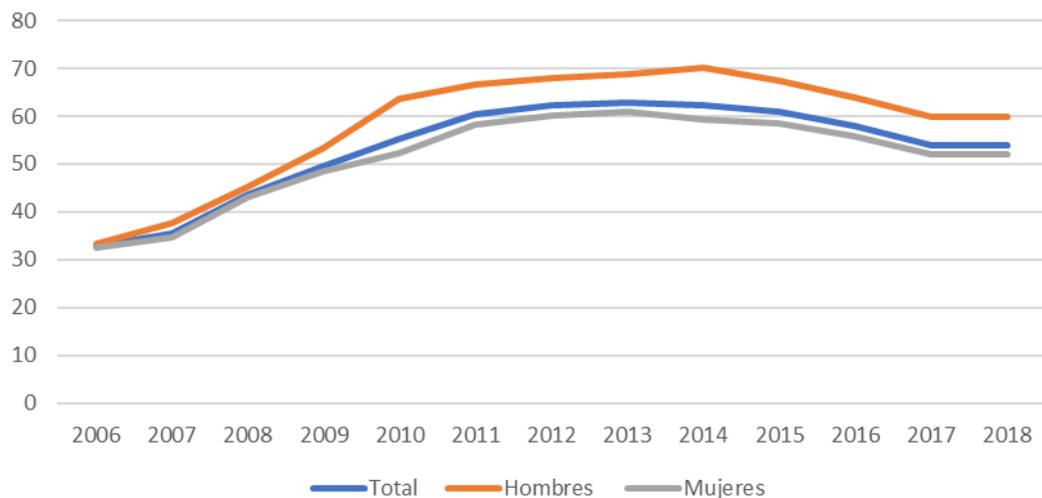
Un rasgo fundamental al que hemos aludido en este estudio lo constituye el hecho de que el trabajo a tiempo parcial está fuertemente feminizado, como podemos observar en la siguiente tabla:

% MUJERES Y HOMBRES OCUPADOS TOTALES Y A TIEMPO PARCIAL				
	% TOTAL OCUPADOS		% TIEMPO PARCIAL	
AÑO	MUJERES	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES
2008	41,74	58,26	79,45	20,55
2014	45,93	54,07	73,39	26,61
2019	45,56	54,44	74,54	25,46

Fuente: Elaboración propia a partir de datos INE (Sobre datos del primer trimestre de cada año).

Es decir, en el año 2019, el 45,93% de la fuerza de trabajo en nuestro país eran mujeres. Ese 45,93% de trabajadoras ocupaba el 74,54% de los puestos de trabajo celebrados a través de un contrato de trabajo a tiempo parcial. Y esos porcentajes se han mantenido prácticamente constantes a través de los años, con una oscilación que no supera en ningún caso el 5%, lo que confirma de forma abrumadora la fuerte feminización del trabajo a tiempo parcial en nuestro mercado laboral.

EMPLEO INVOLUNTARIO A TIEMPO PARCIAL SEGUN SEXO



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE.

Teniendo en cuenta que la mayoría de los trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial lo son con carácter involuntario, podemos hablar claramente de una "precarización sexuada"²².

4.2. Propuestas

En un primer espacio, interno, la solución ponderada debería equilibrar dos extremos; por un lado, mitigando el factor de parcialidad, lo que podría alcanzarse incrementando el coeficiente del 1,5; por otro lado, adoptando una medida compensatoria y no pensionable, para quienes el salario de la parcialidad no haya constituido su fuente principal de subsistencia y, por tanto, la pensión derivada de ese trabajo no pueda y no deba -salvo en el

²² Así lo denomina ORTIZ GARCÍA, PILAR, "El trabajo a tiempo parcial ¿una alternativa para la mujer en tiempos de crisis?", Revista de Sociología del Trabajo, núm. 82, 2014. Pág. 89

espacio no contributivo- tener una naturaleza ajena a tal finalidad/conexión de sustitución de salario.

Se trataría de vincular la relación de cotización, basada en la contribución y en el correspondiente "esfuerzo contributivo" -manifestación del vínculo entre la profesionalidad del sujeto causante y la protección- y el espacio de acción promulgado por la UE. Esto es, desde la "convicción de que el desarrollo económico debe dar lugar a un progreso social y a una cohesión mayores y de que la política social, al tiempo que garantiza redes de seguridad adecuadas en consonancia con los valores europeos, debe también concebirse como un factor productivo que reduzca la desigualdad, maximice la creación de puestos de trabajo y permita prosperar al capital humano de Europa. (...) Los Estados miembros con mejor rendimiento en términos económicos han desarrollado políticas sociales más ambiciosas y eficientes, no solo como resultado del desarrollo económico, sino como parte central de su modelo de crecimiento. Para ello es fundamental el diseño de sistemas de bienestar e instituciones del mercado de trabajo que cumplan su papel y respalden la creación de puestos de trabajo"²³.

La solución de futuro debe ser global - aunque admita singularidades para la jubilación (e indirectamente, para la incapacidad permanente por riesgo común) en la medida en que es la única prestación del sistema cuya cuantía está vinculada al tiempo de cotización- de tal forma que tenga su impacto en todas las contingencias del sistema; en otro caso, el fantasma de la inconstitucionalidad seguirá proyectando su sombra sobre la normativa reguladora del trabajo a tiempo parcial en nuestro sistema de Seguridad Social, como viene sucediendo de forma recurrente.

A partir de estos dos planos, el interno y el europeo, hablamos de abordar la cuestión desde una doble perspectiva, en primer lugar, por la función, proporción y características del actual trabajo a tiempo parcial y, en

²³ Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, "Apertura de una Consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales"... op. cit. pág. 2

segundo lugar, por la posición global que este tipo de trabajo supone en el mercado socio-laboral europeo. Y en este sentido, siquiera a través de una mera aproximación a la cuestión, resultaría interesante plantear el trinomio "trabajo a tiempo parcial-protección social-renta mínima garantizada"²⁴ (nos podemos referir a ella con varias denominaciones, rentas de ingresos, rentas de solidaridad, etc., siempre bajo la relevancia exclusiva que posee el término conceptualmente²⁵).

Parece carente de sentido, incluso paradójico, mantener los términos de proporcionalidad actuales con su correspondiente merma de protección, a la vez que se plantean, fundamentalmente en el ámbito europeo -como veremos- figuras denominadas "renta mínima garantizada" o "renta básica"²⁶, sin establecer relación alguna entre ambos ámbitos. Desde la evidencia, por supuesto, de qué financia cada prestación, seguridad social contributiva o

²⁴ El trinomio planteado no deja de ser una base mínima de visión integral que se plantea como marco de referencia para enfrentar el cambio normativo al que nos referimos en este estudio, sin embargo, esa visión integral no se debe limitar a estos elementos, pudiendo además destacar, entre otros, el papel fundamental que tiene el trabajo a tiempo parcial como medida de política activa de empleo.

Sirva como ejemplo, lo recogido por la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017 (actualizado en junio de 2018), sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza (2016/2270/INI), (2018/C 346/22), en su considerando BD, esto es, "que algunos Estados miembros están poniendo en marcha proyectos piloto de políticas de renta básica, entre ellos Finlandia, donde 2 000 desempleados seleccionados al azar recibirán una suma de 560 euros al mes no sujeta a condiciones a modo de incentivo para que acepten empleos temporales y a tiempo parcial;", que deja de manifiesto, a nuestro entender, la necesidad de la interrelación descrita.

²⁵ En este sentido, resulta de gran interés el planteamiento general llevado a cabo por MONEREO PÉREZ, J. L., *La Renta mínima garantizada*. De la renta mínima a la renta básica, Editorial Bomarzo, 2018.

²⁶ Esto es, nos referimos en general a una renta mínima que puede adoptar diversas formas jurídicas a futuro, dependiendo de los Estados, en caso de instaurarse. A lo que aquí interesa, como indicamos, nos referimos al concepto base de renta mínima aludido tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 34), como en la Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, "Apertura de una Consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales", 8.3.2016 COM (2016) 127 final.

renta mínima garantizada, a saber, cotizaciones y/o impuestos. Pero lo cierto es que nos encontramos ya ante un híbrido de "naturaleza jurídica" por la importante aplicación del complemento a mínimos en muchas de las prestaciones de Seguridad Social derivadas del trabajo a tiempo parcial²⁷.

¿Ha llegado la hora de reconocer el error de base regulatoria y adoptar decisiones con vocación definitiva?

Los problemas complejos no tienen respuestas sencillas y, en este caso, especialmente. Una primera elección que posiblemente ayudaría a superar la primera barrera de dificultad podría plantearse en la línea de decidir si se apuesta por el constante parcheo de la normativa reguladora como venimos haciendo, con las implicaciones de todo orden que esto supone, o si se rompe la dinámica con el establecimiento de una nueva regulación jurídica del trabajo a tiempo parcial en materia de Seguridad Social que supere todas las conocidas -que no posibles- tachas de inconstitucionalidad y/o contrarias al Derecho de la Unión Europea.

Esas tachas a las que se alude presentan un núcleo común en el ámbito de análisis: la feminización del trabajo a tiempo parcial por cuanto no es previsible que a medio o corto plazo la masa mayoritaria de esta tipología de trabajo vaya a dejar de ser femenina, tanto en términos absolutos como relativos.

A este elemento constante se le añade otro, a saber, uno de los principios básicos en materia de empleo y seguridad social en el ámbito comunitario, cual es el principio de no discriminación indirecta por razón de sexo recogido en el art. 2.1 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de

²⁷ "La mayoría de las personas con carreras de cotización con empleos a tiempo parcial cobran complemento a mínimo de pensión." Comunicado del Gabinete de Comunicación del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de 9 de mayo de 2019. <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3529>

trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, a saber:

“A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

(...)

b) “Discriminación indirecta”: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”. De esta forma, el primer bloque problemático de adaptación de nuestra legislación nacional a la comunitaria, lo encontramos en el hecho de que el trabajo a tiempo parcial está -y estará- feminizado, lo que implica cuasi automáticamente la aplicación del principio de no discriminación indirecta a todas aquellas normas que, aun siendo neutras, perjudiquen a un mayor número de mujeres, esto es, en gran número de los casos derivados del trabajo a tiempo parcial.

Este planteamiento acogido y reforzado en los diferentes pronunciamientos del TJUE, salvo cambio de doctrina -poco previsible y de difícil encaje- debe presidir la regulación del acceso y cuantía a las prestaciones, fundamentalmente nos referimos a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, de los trabajadores que son o han sido en algún momento de su vida laboral trabajadores a tiempo parcial.

Parece evidente la conveniencia de realizar una construcción jurídica *auténtica*, en el sentido de regular el trabajo a tiempo parcial como una pieza más del mecano que sería el mercado de trabajo, pero no solo, sino en una dimensión más amplia, a saber, desde una perspectiva laboral y de seguridad social, desde una perspectiva social europea contemplando como objetivo la consecución del modelo social europeo fortalecido en sus posicionamientos básicos, presentes y futuros. Esto es, con observación y en consonancia con la defensa que hace el Parlamento Europeo

del establecimiento de una renta mínima²⁸, por cuanto “pide a todos los Estados miembros que introduzcan regímenes de renta mínima adecuados, acompañados de medidas para favorecer la reincorporación al mercado de trabajo de todas las personas capaces de trabajar y de programas de educación y formación adaptados a la situación personal y familiar del beneficiario, con el fin de ayudar a las familias con ingresos insuficientes y permitirles que tengan un nivel de vida digno; hace hincapié en que esta renta mínima debe ser la última red de protección social y consistir en un apoyo financiero adecuado complementario a un acceso garantizado a servicios de calidad y a políticas activas de empleo, como el medio más eficaz para luchar contra la pobreza y garantizar una existencia digna a todos aquellos que no disponen de recursos suficientes; destaca, a este respecto, que el derecho a las ayudas sociales es un derecho fundamental y que los regímenes de renta mínima adecuados permiten a las personas vivir dignamente, favorecen su plena participación en la sociedad y garantizan su independencia a lo largo del ciclo de vida”²⁹.

A partir de esta aproximación generalista, pero fundamental, al derecho europeo y a las recomendaciones de la Unión, corresponde entonces al legislador determinar los elementos o rasgos de esta relación de cotización o contribución previa, fijando el criterio o parámetro en torno al que se va a configurar el esfuerzo económico de los sujetos obligados para contribuir al sostenimiento financiero del Sistema con fundamento en la realización de una actividad profesional y en la obtención de un salario, cuya pérdida o disminución derivada de la actualización de una contingencia concreta, prefijada legalmente, genera una situación de necesidad traslativa, económicamente

²⁸ Recordando que esta Resolución no posee fuerza normativa vinculante, si bien constituye un instrumento jurídico de gran relevancia a los efectos de la determinación del Derecho Social Europeo.

²⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017 (actualizado en junio de 2018), sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza... op. cit., apartado 1.

evaluable que ha de ser paliada mediante prestaciones adecuadas.

Tal planteamiento teórico tiene otra cara de la moneda, a saber, la regulación aludida con los elementos descritos debe cuidarse de no provocar un caldo de cultivo idóneo para el fraude en la contratación laboral. Esto es, las normas de protección de Seguridad Social -superando, en su caso, la proporcionalidad o a través de otras fórmulas-, deben planificarse en una ordenación jurídica que vincule la relación laboral y de seguridad social, circunstancia ésta muy compleja en la que deben tenerse en cuenta innumerables parámetros.

Si el legislador de seguridad social lleva a cabo una ordenación del trabajo a tiempo parcial flexible, cabe la posibilidad, podríamos catalogarla como cierta, de que la contratación sea, en un porcentaje elevado, fraudulenta. Ello, en el sentido de que, ante esa flexibilidad y garantía de prestaciones mínimas, en su caso, se podrían *facilitar* los pactos empresario-trabajador y especialmente la imposición por parte de aquéllos, para celebrar contratos de trabajo de menos horas de las reales -jornada ficticia- con la consiguiente merma de salario legal, consecuentemente una menor cotización a la seguridad social y una menor tributación a la Hacienda pública. Crecería así el salario oculto, fuera del circuito de la legalidad.

Es por ello, que los legisladores laborales y de seguridad social deben luchar contra el posible fraude en el trabajo a tiempo parcial desde una órbita conjunta. Esta dimensión hay que tenerla muy en cuenta para no abundar en el "olvido" de la norma laboral por parte del legislador de seguridad social y viceversa.

Se debe aunar, al fin y al cabo, la protección social del trabajador en consonancia con la realidad socio-económica y de mercado de trabajo reinante en la actualidad, con observancia de la norma laboral, que mejore los resultados en ambas dimensiones. Para ello, no deben llevarse a cabo medidas desincentivadoras del trabajo a tiempo completo, ni tampoco que aquéllas puedan dar lugar a allanar el camino para que el trabajo a tiempo parcial quede bajo la sombra permanente del fraude.

Todo ello debe plantearse desde el enfoque europeo de política socio-laboral y de protección social, puesto que es desde el ámbito europeo que hemos recibido los principales embates jurisprudenciales.