

La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial tras el RDL 11/2013, de 2 de agosto

Antonio V. Sempere Navarro

Coordinador del Área de Laboral de Gómez-Acebo & Pombo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción: una nueva norma de excepción

El 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, contiene una cuarentena de páginas nuevamente amparadas en la extraordinaria y urgente necesidad de contribuir a la recuperación del crecimiento económico y a la creación de empleo.

La norma (publicada en el BOE del 3 y vigente desde el domingo 4) genera las mismas dudas de constitucionalidad que la mayoría de sus predecesoras; da la impresión de que se abusa de una posibilidad excepcional, en detrimento de la elaboración de Leyes por parte del órgano legislativo.

Asimismo, desoyendo las buenas prácticas acerca de la homogeneidad de contenidos y prescindiendo de eventuales exigencias de seguridad jurídica, el RDL alberga toda una serie de medidas heterogéneas (Seguridad Aérea, Sector Ferroviario, ayudas de los planes de vivienda estatales, régimen fiscal para determinados arrendamientos financieros, Fondo para la Financiación del Pago a Proveedores, etc.). Respecto de los temas sociolaborales, las innovaciones se condensan alrededor de varios temas:

- Períodos de cotización y cuantías en prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial.
- Funcionalidad de la inscripción como demandante de empleo para prestaciones por desempleo.

- Obligación de comunicar previamente a la entidad gestora el inicio de la realización de trabajos incompatibles con el percibo de prestación o subsidio por desempleo.
- Deliberación por centros de trabajo en los procedimientos de adopción de medidas colectivas.
- Documentación preceptiva en los procedimientos de despido colectivo.
- Subcontratación a otras agencias de colocación en el ámbito de la intermediación laboral.

Seguidamente se analizan las innovaciones relativas a la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, albergadas en el Capítulo II del RDL y dirigidas a modificar la DA Séptima de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Para entenderlas mejor interesa realizar un breve recordatorio de antecedentes.

2. Antecedentes y contexto sobre cotizaciones a tiempo parcial y prestaciones de Seguridad Social

A) *La STJUE 22 noviembre 2012 (C-385/11, Elbal Moreno)*

Esta sentencia resuelve la cuestión suscitada por un Juzgado de lo Social español respecto de supuesto muy sencillo:

- a) La Sra. Elbal trabajó durante 18 años, pero desarrollando una jornada semanal de solo 4 horas.

- b) Al cumplir la edad de jubilación, solicita su pensión; la Entidad gestora se la deniega por no haber cotizado el tiempo mínimo exigido.
- c) La Ley española (DA 7ª LGSS) exige una cotización mínima de 15 años para acceder a la pensión de jubilación.
- d) La LGSS obliga a convertir los períodos cotizados a tiempo parcial en magnitudes teóricas de tiempo completo, mediante una fórmula matemática (horas trabajadas, dividido por 5 y multiplicado por 1,5).
- e) De este modo, las cotizaciones de 18 años equivalen a un periodo de menos de 3; habría que trabajar 100 años para acreditar los 15 años.
- f) La cuantía de la pensión se calcula sobre el importe de las bases de cotización, que dependen del salario mensual percibido.
- g) Más de 2/3 de las personas que trabajan a tiempo parcial son mujeres.

De forma tajante y lacónica, el Tribunal Comunitario considera que se ha producido una discriminación indirecta y que la norma española colisiona con la Directiva 79/7, de 19 diciembre 1978, sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social. Los principales razonamientos son los siguientes:

- a) La pensión pública de jubilación (adscrita al régimen legal, no al convencional) está excluida del concepto de retribución (art. 157 TFUE).
- b) La Directiva 79/7 garantiza el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, incluyendo la discriminación indirecta.
- c) Los trabajadores a tiempo parcial sufren una doble repercusión de su menor actividad: en la cuantía y en la conversión de lo cotizado a días teóricos.

- d) No se ha demostrado que la medida (indiciariamente discriminatoria) sea imprescindible para garantizar la solvencia del sistema.
- e) El Derecho Comunitario se opone a una Ley que exige a los trabajadores a tiempo parcial, la mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación contributiva, que se reduce proporcionalmente a la parcialidad de su jornada.

La Directiva 1997/81/CE, de 15 diciembre, sobre trabajo a tiempo parcial impide que a estos trabajadores se les trate de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables, salvo que haya una justificación objetiva y razonable; pero se trata de norma que deja al margen las cuestiones de Seguridad Social. Por eso la sentencia comentada tiene que basarse en normas antidiscriminatorias por razón de género; eso significa que si el número de hombres y mujeres con jornada parcial estuviera equilibrado, la Ley española no podría censurarse desde la perspectiva comunitaria.

B) *La STC 61/2013, de 14 de marzo*

En total sintonía con los argumentos del Tribunal de Luxemburgo, y superándolos claramente, la STC de 14 marzo 2013 declaró inconstitucional una parte de la DA Séptima LGSS, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia¹.

El Alto Tribunal entendió que la regulación reseñada vulneraba el art. 14 CE tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo². La doctrina afecta al cálculo de los períodos de cotización para acceder a las correspondientes prestaciones económicas, respecto de los periodos acreditados con contrato de trabajo a tiempo parcial, incluidos los contratos de trabajo

¹ En el mismo sentido, también, SSTC 71/2013 y 72/2013, de 8 de abril; 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

² Se considera que no hay una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida.

fijo-discontinuo a tiempo parcial o completo, con independencia de que la reducción de jornada se realice en cómputo diario, semanal, mensual o anual.

C) *El Acuerdo Tripartito de 31 de julio de 2013*

El pasado 31 de julio los agentes sociales más representativos (CCOO y UGT; CEOE y CEPYME) y el Gobierno suscribieron un acuerdo para la protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos-discontinuos. Queriendo asumir los principios de la expuesta jurisprudencia, se postula una nueva regulación que facilite el reconocimiento de derechos a este colectivo. En concreto:

- Bastarán con 15 años en alta, con independencia del porcentaje de jornada que se tenga, para reunir el periodo de carencia que da derecho a la pensión de jubilación.
- Para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente se mantiene el coeficiente multiplicador del 1,5 por cada día cotizado a tiempo parcial o como fijo-discontinuo.
- El acceso a los complementos a mínimos en sus pensiones se garantiza en los mismos términos que a los trabajadores a tiempo completo.

3. Examen de los cambios introducidos

El desconcierto generado³ por la reseñada jurisprudencia llevó a que se haya entendido necesario "dictar una norma de rango legal con la finalidad de integrar la laguna" producida⁴. La finalidad de la nueva regulación estriba en equiparar a los trabajadores con independencia

de su régimen de jornada, pero no de modo implícito, sino mediante el establecimiento de "una fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial".

A fin de evitar la ruptura de la proporción, se aprueba una nueva regulación que persigue diversos objetivos:

- Dar cobertura adecuada a todas las personas
- Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad
- Mantener la equidad para los trabajadores a tiempo completo.
- Evitar situaciones fraudulentas o irregulares
- Evitar la desincentivación de la cotización al Sistema.

A) *Período de carencia*

Buscando una fórmula similar a la declarada inconstitucional, y separándose aparentemente de lo manifestado en el Acuerdo de 31 de julio, aparece un nuevo modo de computar el tiempo cotizado⁵ cuando existan contratos a tiempo parcial:

- Se calculará un coeficiente de parcialidad, determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable⁶.
- Dicho coeficiente se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, obteniendo así el número de días (teóricos) que se considerarán

³ El Preámbulo reconoce que el vacío legal producido por la declaración de inconstitucionalidad y nulidad "viene impidiendo resolver determinados procedimientos en materia de prestaciones solicitadas por estos trabajadores".

⁴ Esta manifestación del propio RDL ya pone de relieve el rechazo de la consecuencia aparentemente más clara de las sentencias en cuestión: aplicar las mismas reglas de cómputo con independencia del tiempo efectivamente trabajado cada día.

⁵ En concreto, para acreditar los períodos de cotización necesarios a fin de causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad.

⁶ En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata 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.

efectivamente cotizados en cada período, al que se sumarán en su caso los días cotizados a tiempo completo.

- Para conocer el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para acceder a determinadas prestaciones económicas, se tendrá que aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad, calculado como el porcentaje que representa el número de días efectivamente cotizados sobre el total de días en alta del trabajador⁷.

En suma: el periodo de carencia se reduce en la misma proporción en que haya habido trabajo a tiempo parcial, pero surgen dudas que hacen imprescindible el desarrollo reglamentario y que nos alejan de la pura regla de equiparación.

B) Pensiones de jubilación y de IP común

Para cuantificar las pensiones de jubilación o de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días teóricos cotizados se multiplica por 1,5 (sin que el resultado pueda superar al período de alta a tiempo parcial).

El porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora se determinará conforme a la escala general, aunque si se acredita un período de cotización inferior a quince años

(tras aplicar el 1,5) se utiliza el resultante de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años

C) Vigencia temporal

Las novedades en cuestión se aplican a las solicitudes de prestaciones posteriores al 4 de agosto⁸, pero también a las denegadas por no acreditar el período mínimo de cotización exigido⁹ y a las que se encuentren en trámite¹⁰.

Respecto de su pervivencia en el tiempo, inicialmente no se acota un período especial de caducidad, aunque sí se apunta a su evaluación y posible revisión si no se alcanzan los objetivos perseguidos¹¹.

4. Anotaciones prácticas y críticas

PRIMERA. Debe quedar claro que no se trata de una norma para promover el trabajo a tiempo parcial, actualizar o modificar sus parámetros laborales; se trata solamente de ajustar su repercusión en el terreno de la protección de Seguridad Social.

Las variaciones se refieren solo al acceso a prestaciones de Seguridad Social, en modo alguno al régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial o a la cotización¹².

⁷ En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación

⁸ La DF Décima del RDL prescribe su entrada en vigor "el día siguiente al de su publicación".

⁹ En el supuesto de cumplirse el período mínimo exigido con arreglo a la nueva regulación, el hecho causante se entenderá producido en la fecha originaria, sin perjuicio de que los efectos económicos del reconocimiento tengan una retroactividad máxima de tres meses desde la nueva solicitud, con el límite en todo caso de la fecha de entrada en vigor (cf. DTr Primera.1).

¹⁰ Conforme al número 2 de la DTr Primera, las prestaciones en trámite se registrarán por lo dispuesto en el RDL y su reconocimiento tendrá efectos desde el hecho causante de la respectiva prestación.

¹¹ La DA Cuarta prevé la elaboración de un informe, un vez transcurrido un año de vigencia, para evaluar el impacto de las medidas sobre el conjunto de los trabajadores a tiempo parcial; se contempla la formulación de propuestas para un posible perfeccionamiento tanto de la cotización como de la acción protectora de dicho colectivo.

¹² La citada DA Cuarta solo apunta "un posible perfeccionamiento" de la cotización si así lo aconseja la evaluación del impacto que posean los cambios introducidos.

SEGUNDA. La norma ha incidido exclusivamente sobre el tenor de la LGSS, siendo claro que precisa de cierto desarrollo reglamentario para su correcta aplicación¹³. En algunos pasajes incluso es ambivalente el tenor de lo prescrito.

TERCERA. Bajo una aparente (y proclamada) equiparación de derechos, lo que se hace es dar una nueva formulación a la regla tradicional: convertir en días teóricos de cotización a tiempo completo los trabajados a tiempo parcial. La gran novedad está en que el período de carencia exigido para acceder a las prestaciones queda minorado con la aplicación de un porcentaje de discutible lógica.

Al final se minoran el período de carencia exigido para poder seguir haciendo lo propio con el de cotización a tiempo parcial. Hay que preguntarse si no hubiera sido mejor dejar las cosas sin esa doble operación.

CUARTA. La complejidad del cálculo no debe oscurecer el principio de proporcionalidad asumido y su posible censura de futuro, en la medida en que no se consiga el resultado previsto.

Un generoso régimen transitorio parte de la idea de que es más

favorable la nueva regulación que la anterior. Se trata de premisa del todo cierta, pero la verdadera clave del tema radica en si es más beneficioso que el resultado de aplicar los criterios acogidos por el Tribunal Constitucional.

QUINTA. Da la impresión de que tanto el Acuerdo de 31 de julio de 2013 y el propio Preámbulo de la norma apuntan unas consecuencias algo discordantes con el articulado.

SEXTA. Ninguna referencia existe respecto de pensiones no contributivas, complemento a mínimos o incompatibilidades, por lo que se aplicarán las reglas generales.

SÉPTIMA. Las reglas nuevas omiten por completo las diferencias entre trabajos a tiempo parcial regulares o irregulares, continuos o discontinuos, concentrados o dispersos.

OCTAVA. Fuera por completo de la atención normativa quedan aspectos relacionados con el desempleo a tiempo parcial, la reducción de jornada por vía de la modificación sustancial del art. 41 ET o la revitalización del "trabajo a llamada", por mencionar algunos ejemplos.

¹³ La DF Novena habilita al Gobierno para dictar las disposiciones y adoptar las medidas necesarias para el desarrollo y ejecución de la norma.