

TRABAJO A TIEMPO PARCIAL, JUBILACIÓN Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN SEXUAL: REVISIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO *

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES.
 1. EL MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA.
 2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.
 - A. *Tribunal de Justicia de la UE: el asunto Elbal Moreno.*
 - a. El Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial y la seguridad social.
 - b. Ámbito objetivo del principio de igualdad retributiva.
 - c. Igualdad de trato y seguridad social.
 - B. *Doctrina del Tribunal Constitucional español.*
 3. EXCLUSIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN ATENCIÓN A LA DURACIÓN DE LA JORNADA. LOS ASUNTOS MEGNER Y NOLTE.
- III. LA REFORMA DE LAS REGLAS DE CÁLCULO.
 1. EL ACUERDO CON LOS INTERLOCUTORES SOCIALES.
 2. EL NUEVO MÉTODO DE CÁLCULO.
- IV. CONCLUSIONES.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Departamento de Derecho Privado, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

I. INTRODUCCIÓN

La normativa que ordena el acceso a las pensiones que ofrece el sistema español de seguridad social toma como punto de partida una realidad laboral, el contrato de trabajo indefinido y a jornada completa, que de manera progresiva ha ido perdiendo protagonismo en los países miembros de la Unión Europea en los que, de forma desigual, las modalidades no típicas de contratación laboral constituyen en la actualidad una realidad nada desdeñable en términos cuantitativos¹. El recurso a la contratación a tiempo parcial ha sido en muchas ocasiones presentado como posible solución al problema del desempleo, aunque los impulsores de tales iniciativas no suelen emplear la misma decisión en proclamar las bondades de esta modalidad, que en profundizar en el estudio de los efectos negativos, particularmente en el ámbito de la seguridad social². En el caso español esta dificultad ha sido abordada mediante la aplicación de una serie de reglas especiales para el cómputo de los periodos trabajados a tiempo parcial, opción que en la práctica ha supuesto la exclusión de importantes colectivos del derecho a prestaciones de jubilación³. La regulación de la contratación a tiempo parcial en el ordenamiento español ha sufrido sucesivas reformas, sin que a juicio de la doctrina se haya conseguido encontrar una fórmula equilibrada⁴. Las dificultades técnicas que afectan a la regulación laboral del fenómeno tienen su correspondiente refle-

¹ Con datos del año 2011, la contratación a tiempo parcial iguala a la contratación a tiempo completo en los Países Bajos, donde el 49.1% del total de la población ocupada y el 76.7% de las mujeres se encuentran en dicha situación. En España las cifras adquieren una relevancia menos notable, el 23,5% de las mujeres y el 6% de los hombres trabajan a tiempo parcial. Para el conjunto de la UE-27, los datos reflejan que el 32.1% de las mujeres y al 9% de los hombres trabajan a tiempo parcial (Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo. LFS. Eurostat)

² LIBRO VERDE, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, COM (2006) 708 final, pp. 9 y ss. Para un estudio sobre el desafío que la igualdad en el empleo supone para la UE, *vid.* ÚBEDA DE TORRES, A., «La política de empleo de la UE y la igualdad entre hombres y mujeres: un desafío al futuro de Europa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 15, 2003, pp. 699 a 716.

³ Sobre el origen de esta regulación y sus antecedentes, *vid.* RIVERA SÁNCHEZ, J. R., «La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del Real Decreto ley 11/2013, de 2 de agosto», *Relaciones Laborales*, nº 10, 2013, pp. 97 a 118.

⁴ Por todos, FERRANDANS CARAMES, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.

jo en el ámbito europeo, sistema jurídico en el que se entrelazan las garantías que se desprenden de las normas que regulan algunos aspectos de la contratación atípica, con las que tienen por objeto garantizar el respeto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues como se ha dicho ya, en nuestro país y en el resto de los Estados miembros, estas contrataciones afectan de forma claramente mayoritaria a las mujeres⁵. Sin embargo, el creciente protagonismo de la contratación a tiempo parcial no ha sido acompañado por una regulación adecuada desde el punto de vista técnico, ni eficaz desde la óptica de la consecución de los objetivos propuestos. A ello ha contribuido tanto la escasa estabilidad en la normativa nacional sobre la materia, que se ha visto modificada de manera constante en casi todas las iniciativas reformistas materializadas desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores⁶, como la inacción de las instituciones europeas, ámbito en el que se mantiene inmodificada una regulación que, si bien supuso un avance importante en su momento, tras casi dos décadas de vigencia ha sido superada por la realidad⁷. No es posible en un estudio de estas características abordar de forma exhaustiva todos los aspectos de esta regulación que merecerían ser revisados, con el objetivo de completar la pionera protección ofrecida Directiva 97/81. Por ello, nos centraremos en una materia que ha sido objeto de reciente controversia judicial tanto en el Tribunal de Justicia como en el Tribunal Constitucional español, cuyas sentencias han determinado una nueva modificación del régimen legal del trabajo a tiempo parcial en nuestro país.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

1. EL MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

La problemática respecto a la materia que estudiamos está íntimamente relacionada con la permanente tensión, típica en los sistemas de seguridad social,

⁵ BAZ TEJEDOR, J. A. (coord.), *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad (estudios en el marco del debate europeo «Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI»)*, Ed. Comares, Granada, 2008.

⁶ Sobre la evolución de la regulación en España, vid. VICEDO CAÑADA, L., *El trabajador a tiempo parcial: régimen sustantivo*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

⁷ Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, DOCE L 14, de 20 de enero de 1998.

entre los principios de solidaridad y de equidad. La cuestión viene cobrando especial importancia en nuestro país, particularmente porque crece la percepción de que el diseño del subsistema contributivo de la seguridad social responde al principio de equidad, mientras que la solidaridad del sistema quedaría relegada a las prestaciones no contributivas. Esta percepción debe considerarse inexacta, pues manifestaciones de sendos principios se extienden sobre el conjunto del sistema y sobre cada una de sus partes⁸. Este diálogo tiene su correspondiente reflejo en una materia tan específica como es la valoración de los periodos trabajados a tiempo parcial, a la hora del reconocimiento del derecho a una prestación económica de seguridad social y de la determinación de su cuantía. En ambos casos, desde la perspectiva europea, debe tenerse en cuenta si el tratamiento diferenciado para sendas modalidades contractuales conculca la prohibición de discriminación prevista en la Directiva 97/81 y, al menos mientras se produzca tan señalado desequilibrio entre sexos, la prohibición de discriminación indirecta contenida en la Directiva 2006/54⁹.

El RD-ley 15/1998, de 27 de noviembre¹⁰, reformó la regulación del contrato a tiempo parcial con el objetivo, entre otros, de adaptar el régimen jurídico vigente en España a la normativa comunitaria¹¹. La norma pretendía mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial en distintos aspectos, entre los que se señala expresamente el afán de facilitar el acceso efectivo a la protección social. Ya en aquel momento, existía un consenso suficiente sobre los efectos desproporcionados que producía la regla de proporcionalidad absoluta respecto del cómputo de las cotizaciones para el acceso a las prestaciones de seguridad social¹². Dicha regla tomaba como referencia las horas efectivamente trabajadas a efectos de determinar los periodos de cotización, opción

⁸ De hecho, como es conocido, el art. 2.2 LGSS reserva el rango de principios del sistema para los de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad, sin mención al de equidad.

⁹ 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 trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) *DOUE* L 204 de 26 de julio de 2006.

¹⁰ 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 estabilidad, *BOE* núm. 285, de 28 de noviembre.

¹¹ Así se recoge en la Exposición de Motivos de la norma, que expresamente señala que «la nueva regulación se acomoda a los compromisos establecidos a escala europea en el Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial».

¹² ROQUETA BUI, R., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, Ed. CES, Madrid, 2002, pp. 53-65.

normativa que limitaba la protección de los trabajadores con jornadas especialmente reducidas, aquellos cuya prestación efectiva de servicios fuese inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, a los derechos de protección derivados de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y la prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad. De esta forma, el trabajo a tiempo parcial se veía doblemente penalizado; de un lado, si en el trabajo a tiempo completo, independientemente del número de horas trabajadas, se computa cada día trabajado como día completo, cuando se trata de trabajo a tiempo parcial el cómputo se realiza a partir de las horas efectivamente trabajadas, de tal manera que el periodo mínimo de quince años, que da derecho a la prestación de jubilación, se convierte en un requisito insalvable para quienes desarrollan su carrera profesional sobre la base de contratos a tiempo parcial; de otro lado, el trabajo a tiempo parcial con jornadas de escasa duración quedaba al margen de la protección por las contingencias de incapacidad temporal e invalidez permanente derivadas de contingencias comunes y, sobre todo, se les privaba del acceso a la pensión de jubilación. Con la finalidad de mejorar la protección social de estos colectivos, la norma anunciaba la reordenación de los criterios básicos de la protección social y, sin menoscabo del principio de contributividad, se proponía garantizar su compatibilidad con los de igualdad de trato y proporcionalidad. La concreción de tan ambicioso objetivo se materializó mediante la introducción de lo que en la doctrina se conoce como factor de corrección, de aplicación restringida respecto de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales. El esfuerzo por adaptar la normativa española a las exigencias de la UE consiguió de manera parcial los objetivos deseados, pues las reglas de cálculo mantenían al margen de la protección social a importantes colectivos.

En primer lugar, la regla segunda, letra a, de la disp. adic. séptima apdo 1 LGSS¹³, introduce el concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o en términos anuales, mil ochocientos veintiséis horas. En ambos casos se trata de la recepción de la duración máxima de la jornada anual establecida en el art. 34.1 LET, lo que en la práctica supone que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas efectivamente trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos

¹³ Introducida por el art. 2.2 del RD-ley 15/1998, de 27 de noviembre.

de cotización. En segundo lugar, la regla segunda, letra b, de la disp. adic. séptima apdo 1 LGSS, establece el llamado factor de corrección, que consiste en la aplicación de un coeficiente multiplicador de 1,5 a aplicar a los días teóricos de cotización¹⁴. Con posterioridad, la disp. adic. décima de la Ley 12/2001¹⁵, de 9 de julio, modificaría el apdo. 2 de la disp. adic. séptima, sin alterar el contenido de las reglas de cálculo. La primera regla no constituía en puridad corrección alguna del principio de proporcionalidad estricta, de hecho la nueva regulación agravaba los efectos negativos generados por la anterior: si hasta entonces los días teóricos de cotización se calculaban tomando como referencia la jornada habitual en la actividad, por definición siempre inferior o igual a la máxima, las nuevas reglas imponían a todos los periodos cotizados a tiempo parcial la jornada máxima anual. Como con posterioridad observó el TC¹⁶, la operación de referenciar el cálculo en la jornada máxima legal provocaba una desigualdad carente de justificación.

Sí poseía un carácter netamente corrector la regla contenida en la letra b) del precepto, aplicable exclusivamente a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, pues permitía reconocer a los trabajadores a tiempo parcial un plus de medio día cotizado por cada día teórico de cotización. Aunque esta regla mitigaba los efectos negativos derivados de la aplicación de la anterior, su virtualidad como elemento de corrección resultaba muy limitada. El núcleo del debate se centraba en la intensidad con que el criterio de contributividad debía reflejarse en este tipo de prestaciones.

¹⁴ Posteriormente, el RD 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, 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 estabilidad, *BOE* de 9 de noviembre, añadió una regla especial para las prestaciones de muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, que más tarde sería derogado por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, *BOE* 27 de noviembre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

¹⁵ Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, *BOE* 10 de julio.

¹⁶ La STC 253/2004 declaró inconstitucional esta regulación que considera desproporcionada y contraria al principio de igualdad. En palabras del TC, la regla de cálculo «conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios períodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial» STC 253/2004, de 22 de diciembre, *BOE* de 21 de enero de 2005.

2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

A. Tribunal de Justicia de la UE: el asunto Elbal Moreno

El asunto *Elbal Moreno* ha permitido al Tribunal de Justicia de la UE poner de manifiesto la insuficiencia de los esfuerzos del legislador español¹⁷. La Sra. Elbal prestó servicios como limpiadora de una comunidad de propietarios dieciocho años, con jornada semanal de cuatro horas de duración. El INSS denegó la prestación económica solicitada por no superación del requisito de carencia, pues los dieciocho años trabajados equivalen a algo menos de tres a estos efectos. El juez español acuerda plantear cuatro cuestiones prejudiciales con relación al bloque normativo compuesto por la Directiva 79/7, la Directiva 2006/54, la Directiva 97/81/CE, relativa a la aplicación del acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial, y el art. 157 del TFUE. A efectos expositivos, las cuestiones planteadas por el juez español pueden agruparse en dos bloques, uno en el que se interroga sobre la posibilidad de aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial a la regulación de la pensión contributiva de jubilación; en un segundo momento, las cuestiones giran en torno a las normas sobre prohibición de discriminación por razón de sexo.

a. El Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial y la seguridad social

Con relación a la aplicación del Acuerdo Marco, el juez español cuestiona (cuestión primera) si la prestación contributiva de jubilación forma parte del concepto «condición de empleo» afectado por la prohibición de discriminación de la cláusula 4ª de la Directiva 97/81 y, en caso de que así fuese, se solicita al Tribunal que determine si dicha prohibición se opone a una norma nacional que exija a los trabajadores a tiempo parcial un período de cotización mayor para acceder a la pensión de jubilación contributiva, en comparación al exigido a los trabajadores a tiempo completo (cuestión segunda). Para

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012, *Isabel Elbal Moreno / INSS y TGSS*, C-385/11. Para un completo análisis de dicho pronunciamiento judicial, *vid.* GARCÍA NINET, J.A. y VICENTE PALACIO, A., «Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social; el caso Elbal Moreno», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 102, 2013, pp. 241-270.

resolver la primera cuestión, es preciso indagar sobre la naturaleza de la pensión contributiva de jubilación, la aclaración de este extremo resulta de gran importancia a la hora de establecer el ámbito de la prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial. Las primeras reflexiones de la sentencia se ocupan de dilucidar si es posible incluir las pensiones del sistema contributivo español en el concepto de «condiciones de empleo», a efectos de aplicación de la cláusula cuarta del Acuerdo Marco, que prohíbe el trato menos favorable en el establecimiento de dichas condiciones. El TJUE recuerda la doctrina expresada en el asunto *Bruno*, en el que se determinó que dicho concepto puede afectar a pensiones establecidas por acuerdo colectivo o individual y, por ello, establecidas en el marco de una relación de trabajo, con exclusión de aquellas otras establecidas mediante norma legal¹⁸.

A juicio del TJUE, quedan al margen del concepto de retribución las pensiones de los sistemas públicos de seguridad social, reguladas mediante norma heterónoma, a cuya financiación contribuyen empresario y trabajador y, eventualmente, el Estado. Pero dicho pronunciamiento incluye consideraciones adicionales, que permiten matizar esa primera afirmación, reduciendo sus efectos limitativos. En concreto, se afirma que las razones de política social que pudieron influir en la configuración del sistema legal de seguridad social no deben prevalecer si acumulativamente se verifican tres condiciones: a) la pensión afecta a una categoría de trabajadores; b) se accede o calcula a partir de los años de servicio; c) su cuantía se calcula en función del último salario. Como es conocido, en el asunto *Bruno* se trataba de discutir la naturaleza de las pensiones del personal de cabina de la compañía *Alitalia*, que accedían a prestaciones económicas correspondientes al sistema público italiano. En dicho pronunciamiento, se considera a los trabajadores de cabina una categoría especial, pero no por el tipo de trabajo o por la empresa en la que prestaban servicio, sino por su condición de trabajadores a tiempo parcial¹⁹. Por este motivo, la rotundidad con la que, en el apdo. 24 del asunto *Elbal Moreno*, el Tribunal de Justicia considera que no se cumple «la prime-

¹⁸ La Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de junio de 2010, asunto *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale v. Tiziana Bruno y otros*, C-395/08 y C-396/98, *Rec.* p. I-5119, apdo. 41, considera incluidas dentro del concepto de retribución: «las pensiones que dependen de la relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de las que se derivan de un régimen legal a cuya financiación contribuyan los trabajadores los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en una medida que depende menos de tal relación de trabajo que de consideraciones de política social.»

¹⁹ *Ibidem*, apdos. 48 a 50.

ra de las tres condiciones», esto es que la pensión afecte solo a una categoría de trabajadores, resulta difícil de compartir y, en todo caso, netamente contradictorio con la doctrina que la propia sentencia cita, en la que el concepto de categoría de trabajadores no puede interpretarse en el sentido tradicional ya desaparecido del art. 22 ET.

En mi opinión, tampoco cabe asumir el argumento del Gobierno español, que considera la pensión de jubilación como la más general de nuestro sistema de seguridad social, pues es exactamente sobre las especialidades normativas impuestas al trabajo a tiempo parcial sobre lo que trata el fondo del asunto controvertido. En resumen, no puede compararse la conveniencia de excluir la regulación de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial del ámbito de aplicación de la Directiva 97/81, pues existe una clara conexión entre la relación de trabajo y el encuadramiento en el sistema de seguridad social; porque los trabajadores a tiempo parcial españoles, como en el asunto *Bruno*, pueden ser considerados una categoría especial de trabajadores; porque tanto la posibilidad de acceder a la pensión como su cuantía dependen de la duración de su relación de trabajo; y, finalmente, porque la cuantía de su prestación se calcula a partir de las bases reguladoras, calculadas a partir de los salarios percibidos. Por último, lo que desde el punto de vista técnico jurídico puede resultar menos admisible es que la negativa a aplicar al caso *Elbal Moreno* las normas del Acuerdo Marco se justifique a partir de la doctrina contenida en la resolución del asunto *Bruno*, pues tales argumentos deberían conducir en la dirección opuesta por tratarse de supuestos sustancialmente iguales.

b. Ámbito objetivo del principio de igualdad retributiva

Por su parte, y ahora proyectando las dudas sobre el respeto a las normas que prohíben la discriminación por razón de sexo, el órgano jurisdiccional español también plantea al TJUE en el asunto *Elbal Moreno* si la regulación del sistema de cotización, acceso y cuantificación de la pensión contributiva para los trabajadores a tiempo parcial puede considerarse uno de los «elementos y condiciones de retribución» al que se refiere la prohibición de discriminación del artículo 4º de la Directiva 2006/54 y el art. 157 TFUE (cuestión tercera); y, en caso de respuesta negativa a todas las anteriores preguntas, se plantea si la regulación española es contraria a la prohibición de discriminación por razón de sexo contemplada en la Directiva 79/7 CEE (cuestión cuarta)²⁰. Con si-

milar simplicidad y rotundidad, la sentencia, apdo. 20, considera inaplicable al caso las normas que regulan el principio de igualdad de retribución contenido en el art. 157 TFUE y desarrollado por la Directiva 2006/54. En este caso, el Tribunal hace uso de la doctrina contenida en la sentencia del asunto *Griesmar*²¹, en la que se discute sobre la interpretación del principio de igualdad retributiva y, en concreto, sobre la posibilidad de incluir en el concepto de retribución la regulación de la pensión de jubilación de un funcionario público reconocida por el sistema francés de seguridad social. Tampoco en esta ocasión, desde mi punto de vista, resulta suficientemente sólido el recurso a dicha doctrina para desestimar la posibilidad de aplicar tal regulación al supuesto planteado en el caso *Elbal Moreno*. Recuérdese que en el asunto *Griesmar* se discute la posibilidad de aplicación del principio de igualdad retributiva, previsto entonces en el art. 119 del Tratado, a la regulación de diferentes bonificaciones en los años de cotización en función del número de hijos, establecidas con carácter exclusivo para las funcionarias. En opinión del TJUE, dicho precepto resulta aplicable al régimen especial de pensiones de los funcionarios franceses, conclusión a la que conducen una serie de argumentos que podrían ser igualmente aplicables a la situación acreditada por la Sra. Elbal y que, en buena medida, son similares a los que conducen a rechazar la posibilidad de aplicar el Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial, por más que se trate de normas de naturaleza y contenido diversos. En primer lugar, el TJUE recuerda la abundante doctrina sobre la materia²², a partir de la cual se rechaza la posibilidad de incluir con carácter general a las prestaciones de seguridad social en el concepto de retribución. Aunque se reconoce que entre sendas realidades, salario y pensión, existe una evidente relación que nos permite denominar a

²⁰ Sobre la aplicación jurisprudencial del principio de igualdad, *vid.* MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction publique*, C-366/99, *Rec.* p. I-9383, *vid.* apdos 28 a 38, y jurisprudencia allí citada.

²² En particular, Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de mayo de 1971, *Gabrielle Defrenne v. Bélgica*, C-80/70, *Rec.* p. 445, apdos 7 y 8; Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 1986, *Bilka – Kaufhaus GMBH v. Karin Weber von Hartz*, C-170/84, *Rec.* p. 1607, apdos 17 y 18; Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1990, *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, C-262/88, *Rec.* p. I-1889, apdos 22 y 23, y Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de septiembre de 1994, *Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds v. G. A. Beune*, C-7/93, *Rec.* p. I-4471, apdo. 24.

muchos sistemas con el apelativo de contributivos, prevalece la suposición de que en el establecimiento y diseño de estos sistemas posee un menor peso la relación entre trabajador y empresario que las consideraciones de política social. Quizás sea éste uno de los argumentos más débiles en la construcción de la tesis judicial, pues no resulta particularmente complejo comprobar la diversidad de regímenes de seguridad social vigentes en los Estados miembros. Esta pluralidad de diseño afecta a aspectos estructurales (sistemas de reparto, capitalización o mixtos) y por tanto a las manifestaciones de principios como el de contributividad y el de solidaridad; es decir, la intensidad con la que las aportaciones realizadas por empresario y trabajador se ven reflejadas en el contenido económico de las prestaciones. Por otra parte, parece que la tendencia más clara a medio plazo apunta hacia una retirada de las aportaciones públicas, atendiendo a las exigencias de sostenibilidad financiera. En este marco, resulta arriesgado considerar desligados de las correspondientes relaciones de trabajo a los sistemas de origen legal que amparan a la mayoría de la población activa en cada estado, al tiempo que se tiene en cuenta aquella conexión cuando las relaciones de trabajo se encuentran protegidas por regímenes o sistemas que afecten a colectivos más o menos numerosos de trabajadores de forma exclusiva, atendiendo a peculiaridades del oficio o de la profesión, de la empresa, del sector de actividad, del tipo de relación u otras consideraciones de similar naturaleza profesional. Esta preocupación parece estar presente en el planteamiento doctrinal, quizás por ello, en el asunto *Griesmar*, apdos 28 y 29, se recuerda que el criterio de empleo posee carácter decisivo pero no deben atribuirsele valores absolutos o exclusivos, ya que las pensiones abonadas por regímenes legales de la seguridad social en numerosas ocasiones tienen en cuenta, total o parcialmente, las retribuciones del trabajador. A pesar de ello, el TJUE vuelve a traer a colación la trilogía de requisitos establecidos en el asunto *Beune*, apdo. 45, a partir de los cuales, la naturaleza retributiva de las pensiones queda condicionada a que se superen los requisitos de especialidad, con relación al ámbito subjetivo de cobertura, y contributividad fuerte, en cuanto que el acceso a la pensión se condicione a los años de servicio y su cuantía se calcule a partir del último sueldo del trabajador. Pues bien, aunque de lo dicho hasta ahora pudiera desprenderse que la sentencia rechazaría la posibilidad de aplicar el art. 119 del Tratado al régimen especial de pensiones de los funcionarios franceses, el fallo camina en sentido opuesto, pues la sentencia considera que los funcionarios públicos franceses constituyen una categoría particular de trabajadores, que la pensión se reconoce como retribución de los servicios prestados por el funcionario hasta su jubilación y que su cuantía toma en consideración la du-

ración de la prestación de servicios y las retribuciones recibidas en los últimos meses. Por más que la propia sentencia, apdo. 36, reconoce las diferencias existentes entre los sistemas de seguridad social analizados en los asuntos *Griesmar* y *Beune* (en el primer caso se trata de un sistema de gestión pública en el que la cuantía de las pensiones es fijada directamente por la Ley de presupuestos generales del estado, mientras que en el segundo se trata de un sistema de pensiones complementarias, estructurado como un sistema de capitalización y gestionado de manera paritaria), el TJUE considera igualmente incluibles las prestaciones económicas percibidas en ambos casos en el concepto de retribución a efectos de aplicación del art. 119 del Tratado, tras afirmar que elementos como el carácter complementario del sistema o las formas de financiación y gestión no resultan decisivos a estos efectos.

A la luz de esta doctrina, puede defenderse también la inclusión de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial en el concepto de retribución del art. 157 TFUE, pues dicha normativa afecta a un grupo de trabajadores delimitados por las especiales circunstancias en las que desarrollan su prestación de trabajo, que afecta de manera directa y exclusiva a la duración de la jornada de trabajo. Si en su momento, apdo. 31 sentencia *Griesmar*, el TJUE consideró que los funcionarios públicos franceses constituyen una categoría particular de trabajadores comparables a los trabajadores agrupados en una empresa o en un sector de la actividad económica, cabría esperar similar juicio respecto de los trabajadores a tiempo parcial en nuestro país, todo ello sin perjuicio de lo que en el anterior apartado se comentó con relación a los trabajadores a tiempo parcial referenciados en el asunto *Bruno*. A pesar de todo ello, la sentencia del asunto *Elbal Moreno*, apdo. 24, sin mayores explicaciones sostiene el criterio contrario, considerando que los trabajadores a tiempo parcial no constituyen una categoría de trabajadores y, por ello, no cabe incluir en el concepto de retribución las pensiones que estos formalmente podrían llegar a percibir. Si bien es cierto que los funcionarios públicos constituyen un colectivo de trabajadores sometidos a condiciones de empleo muy particulares, y que muchos sistemas establecen regímenes especiales para la cobertura de sus riesgos comunes y profesionales, se trata de regímenes establecidos mediante normas legales en cuya instauración y desarrollo no suele intervenir la autonomía individual o colectiva y, por ello, el criterio del empleo no resulta más intenso en estos casos que en el resto de la población activa. Pero sobre todo, sobre el conjunto de los funcionarios públicos no puede defenderse que pesan consideraciones de política social más o menos intensas que las que puedan afectar a la regulación de los regímenes genera-

les de la seguridad social, quienes según esta tesis quedarían al margen de la aplicación del vigente art. 157 TFUE.

Todo ello permite comprobar con qué grado de elasticidad interpretativa se ha hecho uso del concepto de retribución, y con qué escasa riqueza argumentativa comienza a reconducirse esta tendencia. Desde mi punto de vista, puede discutirse sobre los problemas de equidad y las cuestiones relacionadas con la seguridad jurídica que pueden verse acrecentados con la tendencia expansiva expresada en las sentencias sobre las que se fundamenta el fallo analizado²³, que al límite podría determinar la solitaria e injustificada exclusión de los trabajadores a tiempo completo del régimen general de la aplicación de los preceptos objetos de interpretación. Lo que resulta más difícil de compartir es la materialización de un notable giro en la labor interpretativa realizada por el TJUE, sin que se haya visto impelido a realizar la correspondiente reflexión crítica de los efectos de su anterior doctrina y, sobre todo, el que dicho cambio de tendencia se justifique en la aplicación de los mismos criterios y elementos que sostenían la doctrina precedente. En otras palabras, puede compartirse el interés de un cambio jurisprudencial en la materia, pero no resulta igualmente plausible la forma en que esta operación se ha producido. En cualquier caso, y volviendo a la discusión en torno a la consideración del trabajo a tiempo parcial, la aplicación del art. 157 TFUE no hubiera sido objeto de discusión si, en aplicación de la doctrina contenida en el asunto *Bruno*, se hubiese impuesto la aplicación del Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial.

c. Igualdad de trato y seguridad social

Sí reciben contestación positiva, en cambio, las cuestiones planteadas por el juez español en el asunto *Elbal Moreno* en torno a la aplicación de la Directiva 79/7, a la regulación de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial y al carácter discriminatorio de la normativa española en la materia²⁴. En primer lugar, el Tribunal considera incluida esta normativa

²³ Sobre dicha tendencia, REQUENA CASANOVA, M., «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: Una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de principios discriminatorios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 40, 2011, pp. 767-793.

²⁴ Sobre los límites aplicativos del principio de igualdad, *vid.* WADDINTON, L., «Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination», *Industrial Law Journal*, vol. 28, 1998, pp. 133-138.

dentro del ámbito de aplicación de la norma comunitaria. De alguna forma, la defensa de la posición contraria contaba con escasas posibilidades de prosperar, por cuanto la normativa española encaja de manera obvia en la delimitación del ámbito objetivo de la Directiva 79/7, en concreto en la previsión relativa a las prestaciones contenida en el art. 3, apdo. 1, letra a), pues resulta indiscutido que la regulación objeto de litigio tiene la naturaleza propia de los regímenes legales de protección contra el riesgo de vejez. Aceptada esta primera premisa, la sentencia debía pronunciarse sobre la eventualidad de que la normativa española lesionase el principio de igualdad establecido en la norma comunitaria, cuestión que constituye el núcleo de la cuarta pregunta planteada por el juez español, que a la postre resultará decisiva para el fallo. Tras citar la jurisprudencia relativa al concepto de discriminación indirecta²⁵, el Tribunal de Justicia somete a comprobación tanto la existencia de una diferencia de trato, que las partes no discuten, como sus efectos perniciosos para el colectivo de personas que trabajan a tiempo parcial. Tampoco resulta objeto de discusión que la medida afecta de manera clara a un mayor número de mujeres, aunque para ello no se parte de los datos sobre prestaciones de jubilación solicitadas en los últimos años, a partir de carreras laborales realizadas a tiempo parcial, sino de datos de contratación que, de manera más o menos proporcional, permiten presumir con bastante certeza que la regulación sometida a juicio afectará en mayor medida a las mujeres en el momento de acceso a la jubilación.

Llegados hasta este punto, a los representantes del Gobierno español solo les restaba concentrar su defensa en la demostración de que la normativa se sustentaba de manera rotunda en factores objetivos ajenos a cualquier tipo de discriminación por razón de sexo. Para ello, debía quedar acreditado a los ojos del TJUE que la especialidad normativa perseguía una finalidad de política social de carácter legítimo y, adicionalmente, debía demostrarse que los medios utilizados para alcanzar dicho objetivo fueran igualmente considerados adecuados y necesarios a tal fin. La defensa de la regulación española parte de un planteamiento hiperbólico, al sostener que la exigencia del periodo de carencia resulta esencial para garantizar el equilibrio financiero, y que éste es un objetivo general de la política social española. Es obvio que la estabilidad económica del sistema de pensiones debe ser un objetivo general, no solo de las políticas sociales, sino de todas las políticas gubernamentales

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2011, *Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt*, C-123/10, *Rec.* p. I-0000, apdo. 56.

de cualquier Estado miembro. Lo que no resulta igualmente claro es que una legislación que impide el acceso a la prestación a determinados colectivos haya sido diseñada con ese objetivo. De aceptar esta premisa, el control judicial en este tipo de materias podría eludirse invocando el mantra del equilibrio financiero para defender el ajuste a derecho de cualquier diferencia de trato que fortaleciese los ingresos o redujese los gastos del sistema. En cualquier caso, la sentencia afirma que la regulación española resulta discriminatoria por incumplir con los criterios de necesidad y proporcionalidad. De un lado, se sostiene que no queda suficientemente acreditado que las reglas de cálculo de los días trabajados a tiempo parcial sean precisas para salvaguardar el sistema español de seguridad social. Si el INSS aseguraba que una regulación menos restrictiva pondría en peligro el equilibrio financiero del sistema de seguridad español, quizás hubiera sido conveniente aportar datos contables o proyecciones de gasto que permitiesen al TJUE conocer los riesgos que entraña la adopción de una decisión contraria a las posiciones defendidas por el Gobierno español.

De otro lado, tampoco se considera demostrado que la opción elegida sea la menos gravosa para la consecución de los objetivos de la política social española. Efectivamente, no resulta nada fácil acreditar en juicio que no existe una fórmula que genere menos perjuicios a las trabajadoras a tiempo parcial, que la que pasa por someter el acceso a la pensión de jubilación de éstas a una doble aplicación del principio *pro rata temporis*. En primer lugar, proyectando dicho principio sobre la regla de cómputo de los periodos de cotización y, en un segundo momento, a la hora de calcular la cuantía de la pensión, pues ésta, como en el caso de los trabajadores a tiempo completo, se calcula a partir de las bases de cotización que toman como referencia el salario. El resultado al que conducía esta regulación resulta claramente desproporcionado, pues estas personas se ven normativamente obligadas a cotizar a un sistema de seguridad social cuya regulación impide en la práctica toda posibilidad real de alcanzar una pensión de jubilación. Particularmente gráfico a este respecto resulta la hipótesis planteada en el auto de remisión del juez español, cuando hace referencia a que la demandante debería trabajar cien años para acreditar la carencia mínima que le permitiese acceder a una pensión cuya cuantía, calculada conforme a la normativa vigente, no superaría los ciento trece euros.

B. Doctrina del Tribunal Constitucional español

El Tribunal Constitucional (TC) ha debido pronunciarse también sobre la constitucionalidad de esta misma regulación²⁶. Aunque la doctrina del TC sigue la línea argumental señalada por el TJUE en el asunto *Elbal Moreno*, la STC 61/2013 realiza un ejercicio de profundización bastante notable, que permite completar alguna laguna provocada por las limitaciones competenciales que afectan a los poderes normativos de la UE en el ámbito social. Con ocasión de una cuestión de constitucionalidad presentada por el TSJ de Galicia, el TC declara nula la regla segunda del apdo. 1 de la disp. adic. séptima LGSS, al concluir que las diferencias de trato incluidas en la misma vulneran el art. 14 CE, por lesionar el derecho a la igualdad de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo y, por la especial incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo. La virtualidad del pronunciamiento de nuestro constitucional está en que considera que el precepto cuestionado vulnera el art. 14 CE, por ruptura del principio de proporcionalidad como elemento integrante del derecho de igualdad, sin que sea preciso recurrir a la invocación de la discriminación indirecta por razón de sexo. La sentencia considera que las reglas de cómputo de los periodos de cotización a tiempo parcial no superan el test de justificación y proporcionalidad exigido por el art. 14 CE, pues producen resultados especialmente graves y desproporcionados. En concreto, se rechaza la relación entre el objetivo normativo, reforzar la contributividad y la sostenibilidad económica del sistema, y la regla de cálculo discutida, para concluir que las diferencias de trato en el cómputo de los periodos de carencia de los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa «se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida»²⁷.

²⁶ STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013 (*BOE* de 10 de abril de 2013). Sobre el contenido de la misma, *vid.* LLORENTE ÁLVAREZ, A. y DEL VALLE DE JOZ, J.I., «La seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial: jurisprudencia reciente y alternativas de reforma», *Aranzadi Social*, nº 3, 2013, pp. 25 a 44. Con posterioridad, esta doctrina ha sido reiterada en las SSTC 71/2013 de 8 de abril, 72/2013 de 8 de abril, 116/2013 de 20 de mayo y 117/2013 de 20 de mayo.

²⁷ *Ibidem*, apdo. 6.

3. EXCLUSIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN ATENCIÓN A LA DURACIÓN DE LA JORNADA. LOS ASUNTOS *MEGNER* Y *NOLTE*

La focalización del debate político y jurídico sobre la forma de integrar a estos colectivos en el sistema de protección social, quizás haya impedido traer a colación soluciones radicalmente opuestas que en su momento obtuvieron el beneplácito del TJUE. Me refiero a la posibilidad de excluir de manera total o parcial del sistema de seguridad social a quienes realicen jornadas de escasa duración. Téngase en cuenta que, como se ha visto más arriba, lo que venía sucediendo con la aplicación de la normativa española era que estas personas desde el punto de vista formal quedaban cubiertas por el sistema por la totalidad de las contingencias, si bien materialmente solo tenían acceso a una parte de ellas. Conviene en este punto recordar los argumentos desplegados por el TJUE en los asuntos *Megner*²⁸ y *Nolte*²⁹, para preguntarse si continuarían siendo igualmente rotundos de plantearse una nueva controversia en la actualidad. Como se recordará, las Sras. *Megner* y *Scheffel*, limpiadoras que prestaban servicios para una empresa de limpieza de edificios, realizaban una jornada laboral de dos horas diarias. El sistema alemán de seguridad social considera exentos de las obligaciones de afiliación y cotización a quienes trabajen menos de quince horas a la semana, siempre que su retribución no supere la séptima parte de la base mensual. En el mismo sentido, se excluye del sistema de protección por desempleo las actividades desarrolladas en jornadas inferiores a las dieciocho horas semanales. En la misma fecha se conoce el contenido de la sentencia en el asunto *Nolte*, y aunque la solicitud de la trabajadora hace referencia a su situación de invalidez, el régimen jurídico objeto de controversia coincide también en el plano material con el que es objeto de litigio en el asunto *Megner*. El TJUE acoge favorablemente las tesis del Gobierno alemán, para quien esta medida responde a un principio estructural del sistema de seguridad social, de carácter contributivo, caracterizado por la necesidad de mantener una equivalencia entre las cotizaciones abonadas y las prestaciones percibidas por los beneficiarios. De otro lado, en opinión del Gobierno, la existencia de una demanda social de empleos menores y el interés del Estado alemán por satisfacerla impone como fórmula única la exclusión de estas personas del sistema. Tales argumentos convencen al TJUE, para quien el objetivo de política social y de empleo invocado por el

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, *Ursula Megner e Hildegarda Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, C-444/93, Rec. 1995 I-04741

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, *Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*, C-317/93, Rec. 1995 I-04625

Gobierno alemán es objetivamente ajeno a toda discriminación basada en el sexo. Cabe remitirse en este punto a los argumentos contrarios más arriba desgarnados por la doctrina contenida en el asunto *Elbal Moreno*, pues los objetivos de política social esgrimidos en dicho caso por el Gobierno español, y rechazados por el TJUE, poseen una identidad plena con los que contradictoriamente en los asuntos *Megner y Nolte* considera ajustados a derecho. De la misma manera, no resulta particularmente convincente la doctrina contenida en dichos asuntos, cuando reconoce al legislador nacional en el ejercicio de las competencias estatales, en este caso el alemán, la facultad de estimar la razonabilidad para alcanzar el objetivo de satisfacer las necesidades del mercado y la proporcionalidad del medio tan contundente como el escogido. Al margen del debate jurídico, sorprende la alegación de un Gobierno como el alemán, para quien la inclusión en el sistema de estas actividades laborales de duración menor no tendría mayores efectos que incrementar la economía sumergida.

Resulta obvio que, más allá del paso del tiempo, la diferencia más llamativa entre el caso alemán y el español es que en nuestro sistema a tales trabajadoras se les obliga a cotizar por unas prestaciones que jamás recibirán. Es cierto que estas personas gozan de protección frente a otras contingencias, pero resulta igualmente evidente que no podrán alcanzar aquellas que resultan de un mayor interés desde el punto de vista objetivo, por su duración, cuantía y generalidad. Llegados a este punto, albergo serias dudas de que tras la doctrina expresada en el asunto *Elbal Moreno*, una hipotética exclusión de las contrataciones a tiempo parcial del sistema de seguridad social español no incurriese en similar discriminación indirecta, tal y como ha sido declarado para la regulación hasta entonces vigente.

III. LA REFORMA DE LAS REGLAS DE CÁLCULO

1. EL ACUERDO CON LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

La reciente reforma de la normativa que regula las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, introducida por Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto³⁰, pertenece al género de legislación negociada, pues fue precedida de un acuerdo entre el Gobierno español

³⁰ Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección social de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, *BOE* de 3 de agosto.

y los interlocutores sociales, circunstancia que venía a romper la inercia de los últimos años, en los que tanto las reformas de la normativa laboral como las referidas a la regulación del sistema de seguridad social han sido adoptadas en contra de la posición de los sindicatos e incluso, en algunas ocasiones, han contado con el rechazo público de las organizaciones empresariales³¹. Los firmantes comparten la necesidad de revisar con urgencia la normativa de protección social de los trabajadores a tiempo parcial y anuncian que dicha reforma debe basarse en el respeto a los principios de igualdad en el acceso a las prestaciones, de proporcionalidad y contributividad, de conservación de normas favorables, de legalidad y de solidaridad y suficiencia de las pensiones. Pero el acuerdo descende también a aspectos de regulación, pues, aunque no incluye un texto articulado, sí se detiene a definir los elementos nucleares de la nueva regulación, como los periodos de cotización computables, el coeficiente global de parcialidad, el mantenimiento del coeficiente multiplicador, la modificación de los porcentajes aplicables a las bases reguladoras o la garantía de una cuantía mínima. Este pacto permitió que, a su paso por el Congreso, el RD-ley 11/2013, al menos la regulación que en el mismo determina el nuevo régimen aplicable a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, contase con el apoyo de todos los grupos parlamentarios, unanimidad que debe suponerse será mantenida cuando, tal como ha declarado la Ministra de Empleo, sea tramitado como Ley³².

2. EL NUEVO MÉTODO DE CÁLCULO

El extenso art. 5 RD-ley 11/2013 introduce una serie de nuevos conceptos

³¹ Me refiero al texto del Acuerdo Marco para la Mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial. Dicho pacto no ha sido publicado por el Gobierno, aunque su texto sí ha sido difundido por los sindicatos y puede consultarse, entre otras, en la siguiente dirección: http://www.ccoo.cat/pdf_documents/baix%20llibregat/Acuerdo%20130731%20Nueva%20regulaci%C3%B3n%20cotizaci%C3%B3n%20Tiempo%20Parcial.pdf

³² La convalidación del RD-ley 11/2013, de 3 de agosto, fue hecha pública por Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 12 de septiembre de 2013, *BOE* de 17 de septiembre. En el debate de convalidación o derogación, los grupos parlamentarios manifestaron su acuerdo con la nueva regulación de la protección social del trabajo a tiempo parcial, si bien la inclusión en la norma reformadora de otras materias, las «otras medidas urgentes», determinó que la convalidación del Decreto-ley y su posterior tramitación como Ley se produjese por mayoría (Diario de Sesiones de 12 de septiembre de 2013, pp. 5-23).

cuya oportunidad y adecuación deberá ser objeto de estudio durante un año, finalizado el cual el Gobierno deberá realizar un informe sobre el impacto de la nueva regulación tanto en la cotización como en la acción protectora del colectivo de trabajadores a tiempo parcial (disp. adic. cuarta RD-ley 11/2013). En primer lugar, se define el 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» (regla segunda, letra a, disp. adic. séptima apdo. 1 LGSS), porcentaje que aplicado al número de días cotizados a tiempo parcial nos da los días teóricos cotizados durante ese periodo. En segundo lugar, (regla segunda, letra b, disp. adic. séptima apdo. 1 LGSS), debe calcularse el coeficiente global de parcialidad, o porcentaje que suponen los días teóricos a tiempo parcial sobre el total de días que la persona permaneció en alta en el sistema³³. En tercer lugar, el periodo mínimo de cotización exigido se verá aminorado, pues en cada caso será el resultado de multiplicar la cifra establecida con carácter general por el coeficiente global de parcialidad (regla segunda, letra c, disp. adic. séptima apdo. 1 LGSS). En la práctica, este nuevo método de cálculo supone cambiar el criterio tradicional respecto de los periodos mínimos de cotización, que, perdiendo su carácter general, a partir de ahora se verán ajustados a las carreras profesionales de cada trabajador³⁴. Por último, el legislador mantiene el coeficiente corrector anteriormente previsto en la regla segunda, letra b, disp. adic. séptima apdo. 1 LGSS, que ahora reaparece en el párrafo c de la regla tercera del apdo. 1, con la misma redacción y efectos; es decir, a efectos de cálculo de la cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados, calculado conforme se ha dicho más arriba, se incrementará, como ya se hacía bajo la normativa derogada, multiplicando dicha cantidad por 1.5, sin que dicha cantidad pueda superar el número de días de alta a tiempo parcial, cifra que actúa como tope máximo.

³³ Esta regla posee a su vez reglas especiales en función del tipo de contingencia, pues si se trata de calcular el subsidio por incapacidad temporal, se tomarán solo los últimos cinco años, mientras que si se trata de calcular el subsidio de maternidad o paternidad se tendrán en cuenta los últimos siete.

³⁴ RIVERA SÁNCHEZ, J.R., «La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del Real Decreto ley 11/2013, de 2 de agosto», *Relaciones Laborales*, nº 10, 2013, pp. 97 a 118.

IV. CONCLUSIONES

De lo dicho hasta aquí, puede afirmarse la existencia de una posición jurisprudencial común respecto al hecho de que el mantenimiento del principio de contributividad del sistema de seguridad social español queda suficientemente garantizado con la proyección del principio *pro rata temporis* sobre las reglas que determinan la cuantía de la pensión. La normativa ahora vigente mejora el tratamiento del trabajo a tiempo parcial, pero mantiene un trato desigual para los trabajadores atendiendo a la duración de su jornada de trabajo, que perjudica a los trabajadores a tiempo parcial. Esta diferencia de tratamiento, salvo que puede acreditarse que la normativa especial resulta proporcional, adecuada y necesaria para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, seguirá provocando las dudas de la doctrina. De esta manera, queda allanado el camino hacia una nueva declaración de inconstitucionalidad por lesión del principio de igualdad contenido en el art. 14 CE y, casi con toda seguridad, un nuevo pronunciamiento del TJUE declarando la existencia de discriminación indirecta, pues no parece que a corto plazo quepa esperar un cambio radical en la correlación de sexos en los grupos de personas previsiblemente afectadas negativamente.

Por último, como se ha visto al examinar el asunto Elbal Moreno, la lesión de la normativa de seguridad social española no está relacionada con el incumplimiento de la normativa reguladora del trabajo a tiempo parcial de la Unión Europea, sino con la contravención de la normativa comunitaria relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. En este sentido, no resulta descabellado afirmar que si la cuestión prejudicial hubiese afectado a un trabajador la norma española hubiera podido ser considerada conforme al Derecho comunitario. Como se ha dicho más arriba, en la Unión Europea conviven sistemas de seguridad social de naturaleza y características muy diversas y dejar en manos del TJUE la ingente labor de determinar qué sistemas y qué prestaciones de seguridad social se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 97/81 no parece la solución más segura, en términos jurídicos, para garantizar que no se discrimina a las personas, hombres y mujeres, que realizan un prestación de trabajo a tiempo parcial. Tras casi dos décadas de aplicación, existe una experiencia suficiente para abordar con éxito las limitaciones que ofrece la normativa vigente sobre el trabajo a tiempo parcial. El notable crecimiento de la contratación a tiempo parcial en el panorama laboral en la UE aconsejaría una reforma de la regulación contenida en el Acuerdo Marco sobre el trabajo a

tiempo parcial que, entre otras materias, permitiese incluir en el ámbito de aplicación de la norma las prestaciones económicas de seguridad social.

TRABAJO A TIEMPO PARCIAL, JUBILACIÓN Y PROHIBICIÓN
DE DISCRIMINACIÓN SEXUAL: REVISIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA
A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA JURISPRUDENCIA
DEL TJUE Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RESUMEN: El fallo del TJUE en el asunto Elbal Moreno considera que la normativa española que regula los requisitos de acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, es contraria a lo dispuesto en la Directiva 79/7/CEE, por exigir un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación contributiva en cuantía equitativamente reducida a la parcialidad de su jornada. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional español declaró esta misma normativa contraria al principio de igualdad. El RD-ley 11/2013 constituye un nuevo intento del legislador español por adecuar la normativa a los requerimientos de sendos tribunales, aunque la nueva regulación mantiene un trato diferenciado para trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial. El autor expresa sus dudas sobre la adecuación a derecho de esta novedosa regulación al tiempo que plantea la necesidad de reformar el contenido de la Directiva 97/81/CE.

PALABRAS CLAVE: trabajo a tiempo parcial; pensión de jubilación contributiva; periodos de carencia; base reguladora; condiciones de empleo; discriminación indirecta por razón de sexo; igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras.

PART-TIME WORK, RETIREMENT BENEFIT AND SEX DISCRIMINATION:
REVIEW OF SPANISH REGULATION IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN
UNION LAW AND SPANISH CONSTITUCIONAL COURT AND ECJ CASE LAW

ABSTRACT: In Elbal Moreno the ECJ concludes Council Directive 79/7/EEC opposes the Spanish regulations requirements for pension retirement part-time workers, the vast majority of whom are women, by requires a proportionally greater contribution period to access a contributory retirement pension in an amount reduced in proportion to the part-time nature of their work. Subsequently, the Spanish Constitutional Court declared this law also was opposed to the principle of equality. The Royal Decree law 11/2013 is a new attempt by the Spanish legislature to adapt the legislation with the requirements of two separate courts, although the new regulation treated differently to full-time workers and part-time workers. The author expresses his doubts about the legality of this new regulation and suggests the need for reform of Directive 97/81EC.

KEY WORDS: part-time work; contributory retirement pension; contribution periods; basis for calculation; employment conditions; equal treatment for male and female workers; indirect discrimination on grounds of sex.

TRAVAIL A TEMPS PARTIEL, RETRAITE ET LE SEXE DISCRIMINATION:
EXAMEN DU REGLEMENT ESPAGNOL A LA LUMIERE DU DROIT
DE L'UNION EUROPÉENNE ET LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL ET DE LA CJUE

RÉSUMÉ: L'arrêt de la CJUE dans l'affaire Elbal Moreno estime que la directive 79/7/CEE s'oppose aux exigences de la réglementation espagnole pour les travailleurs à temps partiel retraite, la grande majorité femmes, en exigeant une durée de cotisation proportionnellement plus importante pour accéder à une pension de retraite de type contributif, dont le montant est proportionnellement réduit en fonction de leur temps de travail. Par la suite, le Tribunal constitutionnel espagnol a déclaré cette même législation contraire au principe d'égalité. Le Décret-loi 11/2013 est une nouvelle tentative par le législateur espagnol pour aligner la législation avec les exigences de deux tribunaux distincts, bien que le nouveau règlement maintient une différence de traitement pour les travailleurs à temps plein et les travailleurs à temps partiel. L'auteur exprime ses doutes sur la pertinence de la nouvelle loi de régulation tout en augmentant la nécessité de réformer le contenu de la directive 97/81/CE.

MOTS CLÉS: travail à temps partiel; pension de retraite contributive; périodes de cotisation; assiettes; conditions d'emploi; égalité de traitement entre travailleurs masculins et travailleurs féminins; discrimination indirecte fondée sur le sexe.