

Grado en Relaciones Laborales
Trabajo de fin de Grado
Curso académico 2014-2015

Un supuesto de discriminación indirecta por razón de género:

El régimen jurídico de la prestación de jubilación
tras un contrato a tiempo parcial.

Adelema Cruz Castellar

NIA 151495

Tutora del trabajo:

Ester Marco Peñas

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Yo, *Adelema Cruz Castellar*, certifico que el presente trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy la única autora, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas excepto en aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Como autora de la memoria original de este Trabajo de Fin de Grado autorizo la UPF a depositarla y publicarla en el e-Repositori: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada por o participada por la Universitat, de acceso abierto por Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, soy libre de publicarla en cualquier otro lugar.

Adelema Cruz Castellar
Montgat, a 5 de junio de 2015

RESUMEN

La DA 7ª de la Ley General de la Seguridad Social contiene el régimen especial de acceso y cálculo a las prestaciones que se aplica a aquellas personas que hubieran trabajado a tiempo parcial a lo largo de su carrera laboral. En el presente trabajo se analiza el nivel de protección que se les ofrece en el momento del retiro, ya que la múltiple aplicación de la *prorrata temporis* a la que conlleva la referida disposición puede generar para las mujeres un resultado discriminatorio, debido a la elevada presencia de la mujer en este tipo de contratos.

No es pacífico el encaje de la DA 7ª ni con el Derecho de la Unión Europea ni con la Constitución Española, pues la discriminación que aquí se trata se encuentra oculta tras la redacción aparentemente neutra de la norma. Por ello, estudiaremos el concepto de discriminación indirecta por razón de género y cómo, a lo largo de estos años, el legislador ha intentado corregir la referida norma en aras de evitar dicha discriminación. Por último, analizaremos si las correcciones a las que acabamos de aludir han tenido éxito en su propósito o, por el contrario, siguen ocultando un trato que comporta que a las mujeres, al finalizar su carrera laboral, se las proteja en menor medida que a sus compañeros varones, colocándolas de este modo en una situación de mayor riesgo de pobreza sin mediar justificación objetiva para ello.

ÍNDICE

I.	Introducción	1
II.	La discriminación de la mujer trabajadora. Concepto y momentos en que tiene lugar.....	3
III.	La regla del cálculo del período de carencia. Antecedentes normativos y jurisprudenciales al Coeficiente Global de Parcialidad.....	9
	1. Criterio de proporcionalidad estricta: El artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y la STC 253/2004.....	10
	2. Medidas correctoras del criterio de proporcionalidad estricta: La DA 7ª LGSS.....	14
IV.	La STJUE en el asunto Elbal Moreno.....	15
	1. Perspectiva de género en el Derecho de la UE. Normativa y jurisprudencia europea relacionada con el asunto Elbal Moreno.....	17
	2. La conclusión del TJUE en el asunto Elbal Moreno.....	23
V.	La STC 61/2013 y la aprobación del Real Decreto-Ley 11/2013.....	27
VI.	El Coeficiente Global de Parcialidad.....	29
VII.	Conclusiones: Reflexión acerca de la actual D.A. 7ª de la LGSS.....	31
VIII.	Bibliografía.....	37

I. Introducción

En una primera aproximación al estudio del régimen jurídico de nuestro sistema de pensiones contributivas, llama la atención que fuera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 22 de noviembre de 2012¹, el primero en pronunciarse sobre su carácter discriminatorio. Concretamente, en lo referente a las reglas vigentes en ese momento para las personas que hubieran trabajado a tiempo parcial, a efectos de acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Este hecho es especialmente llamativo, si se tiene en consideración que el Tribunal Constitucional acumulaba en ese momento múltiples cuestiones de inconstitucionalidad sobre la materia pendientes de resolver². La fuerza jurídica vinculante que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros ha hecho posible que personas que habían estado cotizando por un *derecho* al cual nunca iban a tener *derecho*, vean ahora materializadas sus expectativas accediendo al cobro de la pensión de jubilación para la cual habían estado contribuyendo mensualmente al sistema.

No sorprende que el fallo se haya amparado en el principio de no discriminación por razón de sexo que rige e inspira el Derecho de la Unión Europea³. La preocupación de la UE al respecto se refleja en sus esfuerzos por erradicar tal discriminación, como así se constató con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados con la entrada en vigor, en diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa⁴, y que, en sus artículos 21 y 23, prohíbe todo tipo de discriminación y proclama la igualdad entre mujeres y hombres en todo ámbito. Más particularmente, en materia laboral, “desde 1957 los Tratados europeos consagran el principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo”⁵. Actualmente, en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el cual se extiende la igualdad de trato no solamente a la igualdad salarial que proclamaba el antiguo

¹ Asunto C-385/11, Elbal Moreno.

² Concretamente, las cuestiones núm. 5862/03, 9157/06, 763/07 y 9020/07, todas ellas relativas a la DA 7ª de la Ley General de la Seguridad Social.

³ Artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada.

⁴ Cabe recordar el mandato constitucional consagrado en el art. 10.2 CE, de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por España.

⁵ SCHULZE, E (2014). *La igualdad entre el hombre y la mujer*. (Fichas técnicas sobre la Unión Europea, núm. 15). Texto disponible en: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.10.8.pdf (última consulta 3/05/2015).

artículo 119 del Tratado constitutivo CEE sino, también, a todos los ámbitos laborales, desde la igualdad de oportunidades hasta las condiciones de trabajo.

El legislador europeo se ha preocupado a lo largo de estos años de establecer un marco jurídico adecuado que garantice no sólo la igualdad formal entre mujeres y hombres, sino una igualdad que resulte materialmente efectiva. Muestra de ello son, por ejemplo, tanto el reconocimiento legal y la consecuente prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, como el mandato a los Estados miembros de promocionar la adopción de medidas de acción positiva (por todas, Directiva 2006/54/CE⁶, o el mismo artículo 157 del TFUE).

En el presente trabajo se pretende analizar cómo la discriminación de la mujer trabajadora se da no sólo durante la existencia de una relación laboral, sino también en otros momentos, como es el de acceso a la protección de vejez en su modalidad contributiva. Centraremos este estudio en el sistema previsto para el acceso a la jubilación de aquellas personas que hayan trabajado a tiempo parcial. Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, las mujeres representan el 73,11% de este colectivo⁷. Y es por ello, que la afectación de las normas específicas que se les aplica se vincula a las mujeres.

Se examinará la evolución normativa y jurisprudencial de la forma de determinación del cómputo de los períodos cotizados a la Seguridad Social a tiempo parcial a efectos de acreditar el período de carencia requerido para causar derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, y de incapacidad permanente, ya que según se prevé en la Disposición adicional séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁸ (en adelante, LGSS), la misma regla opera para ambas contingencias. Es decir, cómo se configuran las reglas de acceso a la pensión de jubilación de las personas que han trabajado a tiempo parcial. Para pasar, después, a analizar la mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el asunto Elbal Moreno, y la posterior Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de marzo de 2013⁹, las cuales derivaron en la nueva regla de cálculo que será objeto de estudio en este trabajo, el Coeficiente Global de Parcialidad.

⁶ Artículos 2.1.b) y 3, respectivamente, de la Directiva 2006/54/CE, 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.

⁷ Instituto Nacional de Estadística (2015). Fuente: Encuesta de Población Activa, correspondiente al primer trimestre del año 2015.

⁸ BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994

⁹ STC (pleno) 61/2013, de 14 de marzo de 2013. Publicada en el BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013.

Por último, se planteará la hipótesis de si el mencionado Coeficiente Global de Parcial puede considerarse realmente la solución legislativa a la discriminación por razón de sexo en la que incurría la normativa anterior o, por contra, aun se oculta¹⁰ un trato discriminatorio tras las disposiciones que lo regulan.

II. La discriminación de la mujer trabajadora. Concepto y momentos en que tiene lugar.

A lo largo de estos años, numerosos estudios se han hecho eco de la existencia de desigualdades de trato en el ámbito laboral. Como es sabido, autores de diferentes disciplinas han analizado estas desigualdades desde una perspectiva de género. Desde la teoría económica neoclásica del Capital Humano de Gary Becker¹¹, pasando por enfoques sociológicos como el de las teorías feministas¹², hasta la constatación de estas diferencias desde una lógica puramente jurídica, como es el objeto de este trabajo.

¹⁰ A estos efectos, nos permitimos usar el término oculto, pues la discriminación a la que nos referimos es una discriminación del tipo indirecto, la cual, como veremos, se da como consecuencia de la aplicación de una norma que dispensa, en apariencia, un *tratamiento formalmente neutro* de género.

¹¹ En referencia a las causas de las desigualdades entre mujeres y hombres en materia salarial, según la teoría del Capital Humano, desarrollada por Gary S. Becker en sus obras *The economic of discrimination*, de 1957, o *Human Capital*, de 1964 (entre otras) “*los salarios son iguales a la productividad marginal del trabajo. Las diferencias salariales se explican por diferencias de productividad, y las diferencias de productividad se explican por las diferencias en el stock de capital humano*”, tal como recoge: GONZÁLEZ, P. (1992). “El diferencial de ingresos entre hombres y mujeres: teoría, evidencia e implicaciones de política”. *Colección estudios Cieplan*, núm. 34, pp. 101-152. De este modo, Becker, realizando un enfoque microeconómico de la situación, explica las diferencias salariales entre mujeres y hombres, desde el punto de vista de la oferta, por una cuestión de preferencias de la mujer por atender las tareas domésticas: “(...) *dado que la división de las tareas domésticas requiere un esfuerzo comparativamente mayor de la mujer, la energía que ésta puede dedicar al trabajo remunerado es comparativamente menor que la del hombre, con el resultado de una menor productividad y un salario inferior*”. GONZÁLEZ, P. “*El diferencial...*” *op. cit.*, pp. 103. Becker, también analiza en su obra el origen de las diferencias salariales desde el punto de vista de la demanda, alegando dos factores diferentes. Por un lado, “*se refiere a la consideración de que el trabajo femenino resulta más caro por llevar aparejados unos costes laborales indirectos más elevados que en el caso de los hombres (se suele aducir que las mujeres, debido probablemente a que sobre ellas recae la mayor parte de las responsabilidades familiares, tienen unos índices de absentismo y rotación más elevados que los de los hombres)*”, pero, también, explica las diferencias salariales por la inclinación de los empresarios a discriminar, así “[*l]os empresarios, como otros muchos individuos, pueden tener prejuicios respecto a ciertos trabajadores que se diferencian por características visibles como la raza, la minusvalidez, la edad o el sexo; debido a ese prejuicio los empresarios soportarán un «gasto» si contratan a una persona del colectivo discriminado. Entonces, los empresarios, actuando racionalmente, contratarán menos personas de ese colectivo.*”. MATÉ, J.J.; NAVA, L.A.; y RODRÍGUEZ, J.C. (2002). “La segregación ocupacional por razón de sexo en la economía española, 1994-1999”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 36, pp. 79-94. ISSN: 1137-5868.

¹² Las teorías feministas explican las diferencias existentes entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo por una cuestión de reproducción en el mundo laboral de los estereotipos de género comunes en nuestra sociedad. “*La idea básica de estas teorías es que la situación de desventaja que tienen las mujeres en el mercado de trabajo es un fiel reflejo del lugar subordinado que la sociedad y la familia les asigna. El hecho de que las responsabilidades fundamentales de la mujer sean las tareas domésticas y el cuidado de los hijos es el motivo de que, en promedio, adquieran menos formación antes de incorporarse al mercado de trabajo y menos*

Nos centraremos en aquellas diferencias de trato entre mujeres y hombres que obedecen a factores discriminatorios, y, para ello, será necesario previamente conocer el concepto de discriminación. A estos efectos, “[l]a discriminación directa por razón de sexo, se identifica como la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. (...) La discriminación directa se constata en una situación de trato y menor favor, acaecida a causa del sexo, en que pudiera haberse encontrado, se encuentre, o pudiera encontrarse una persona, siempre que ello se advierta una vez cotejado y equiparado tal hecho en un contexto de situaciones idénticas”¹³.

A continuación, se exponen una serie de estudios cuyos resultados muestran cómo a la mujer, en su ámbito profesional, se la sitúa en una posición diferente a la del hombre sin mediar justificación objetiva y razonable para ello. Al hilo de estos estudios pretendemos que quede patente el hecho de que la mujer debe afrontar estas desigualdades no sólo durante el desarrollo de la prestación de servicios en una organización, sino también en momentos previos como es el de ser llamada para iniciar un proceso selectivo con el objetivo de entrar a formar parte de la plantilla de una empresa. Pero, también, una vez acabada la carrera laboral, en el momento de retirarse y solicitar la pensión contributiva de jubilación, la mujer puede verse desfavorecida respecto al hombre e incluso privada del cobro de la pensión, como se verá en los siguientes apartados del trabajo.

En referencia al momento previo a la existencia de una relación laboral, en un estudio realizado en diferentes restaurantes de la ciudad de Philadelphia en 1995, se constató que sus procesos de selección de personal comportaban un trato discriminatorio entre las personas candidatas de distinto sexo, por la única razón del género. Para el desarrollo de esta investigación se clasificaron los restaurantes en tres categorías según el coste del servicio (alto, medio y bajo), y dos mujeres y dos hombres de iguales características enviaron sus currículum a 65 restaurantes de la ciudad. Los restaurantes recibían currículum vitae idénticos, en cuya elaboración se controlaron todas las variables excepto la variable del género. Sin embargo, de las 12 ofertas de trabajo realizadas por los restaurantes más caros de la ciudad, sólo 2 se dirigían a las mujeres. Mientras que, por el contrario, en 9 de las 11 ofertas de trabajo propuestas por los restaurantes más económicos, se solicitaban candidatas

experiencia profesional una vez incorporadas a él.” MATÉ, J.J.; NAVA, L.A; y RODRÍGUEZ, J.C. “*La segregación... op. cit.*, pp. 82.

¹³ GONZÁLEZ-POSADA, E. y ROBLES, H. (2007). *Los aspectos laborales de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2007. ISBN: 978-84-8355-278-0

de sexo femenino. Finalmente, los resultados mostraron como las mujeres tenían una posibilidad menor que los hombres de ser entrevistadas en los procesos de selección de los restaurantes más caros de la ciudad y, igualmente, de recibir una oferta de trabajo, aún acreditando características similares a las de sus compañeros varones. Además, se comprobó que en los restaurantes más caros, también los salarios y las propinas son más elevados. De este modo, se constataba como la discriminación por razón de sexo a la que conllevaban sus procesos selectivos, generaba, a su vez, desigualdades entre sexos en las retribuciones de las personas camareras.¹⁴

En cuanto a la discriminación de la mujer durante su carrera laboral dentro de una empresa, existen numerosas investigaciones al respecto. Pondremos por ejemplo un estudio en el que su autor pretende corroborar que los procesos organizativos que se utilizan para fijar la retribución de sus trabajadoras y trabajadores pueden llegar a generar desigualdad salarial dentro de las organizaciones, en un momento ya posterior a la contratación laboral. En la investigación se analizan los datos de la plantilla de una empresa del sector privado de aproximadamente nueve mil empleados, excluyendo del análisis a los cargos directivos. El autor divide el proceso para la determinación de las subidas salariales en tres fases diferenciadas: 0) El momento en el que se contrata el salario inicial; 1) La fase de la evaluación del rendimiento y; 2) La determinación de los aumentos salariales vinculados a la evaluación del desempeño. Los resultados de este estudio muestran como no se observan desigualdades de género en la etapa inicial ni en la etapa primera, una vez controladas el resto de variables observables. Sin embargo, se corrobora finalmente la hipótesis de que personas estructuralmente equivalentes obtienen aumentos salariales diferentes incluso habiendo recibido la misma puntuación en la evaluación del rendimiento, simplemente debido a su género¹⁵.

En este punto, entraremos a considerar la posibilidad de que las mujeres se encuentren también en inferior posición que los hombres una vez terminada la carrera laboral. Como ya se ha advertido, este es precisamente el objeto de nuestra investigación, y para ello estudiaremos la situación en la que se encuentran las trabajadoras que solicitan la pensión de jubilación después de haber estado trabajando durante su vida laboral en un régimen de

¹⁴ Véase: NEUMARK, D, J. BANK, R. y D. VAN, K (1995). *Sex discrimination in restaurant hiring: an audit study*. Cambridge: *National Bureau of Economic Research. Working paper* no. 5024.

¹⁵ Véase: CASTILLA, E.J. (2010). “Mérito y discriminación dentro de las organizaciones: diferencias en la evaluación del desempeño y retribución de empleados/as según género y origen étnico”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 129, pp. 61-105. ISSN-L: 0210-5233.

tiempo parcial. Es preciso señalar que se vincula el trabajo a tiempo parcial al colectivo femenino debido a la elevada incidencia de las mujeres en este tipo de contratos. Por este motivo, primero será necesario definir el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo.

Cabe puntualizar, que tanto en la literatura científica, como en la jurisprudencia y, ahora también en la normativa¹⁶, se diferencia entre el concepto de discriminación directa y el de discriminación indirecta por razón de sexo. La aceptación por parte de los tribunales y del legislador de la existencia de un tipo de discriminación indirecta por razón de sexo¹⁷, “se dirige a erradicar la apariencia neutra y meramente formal de disposiciones o mandatos de cualquier origen y rango, criterios interpretativos, y prácticas, decisiones o usos. La consecuencia de tal práctica ha de ser situar al afectado en situación de quebranto particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que ello tuviera justificación objetiva y racional, dada la legítima y fundada finalidad de la actuación, y que los medios para alcanzar dicha finalidad fueran los imprescindibles y proporcionados”¹⁸.

Así, en coherencia con esta definición, deberán concurrir tres elementos diferenciados para que pueda ser considerada la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, elementos que vamos a estudiar en relación al caso concreto que nos ocupa. “El primer elemento identificable es una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros. En otras palabras, debe haber algún tipo de requisito aplicable a todas las personas”¹⁹. En las normas aplicables al acceso y cálculo de la pensión de jubilación para aquellas personas que hayan estado contratadas a tiempo parcial, no se aprecia la existencia de un trato diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante de tal prestación. La misma norma se aplica a mujeres y hombres, siempre y cuando hayan cotizado en algún período de su vida laboral a tiempo parcial.

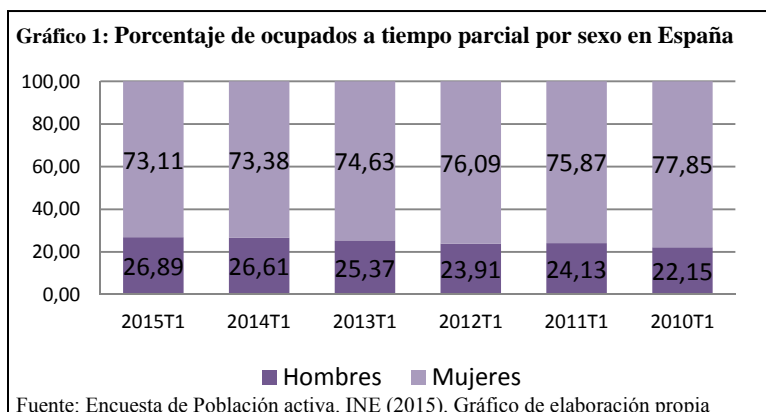
¹⁶ La Directiva 2006/54/CE (D.O. L 204, de 26 de julio de 2006) que se estudiará en el siguiente apartado, recoge en su art. 2.1 ambas definiciones.

¹⁷ Concepto que proviene de la Directiva 2006/54/CE. A efectos de la citada directiva se entenderá por 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*” (art. 2.1.b)).

¹⁸ GONZÁLEZ-POSADA, E. y ROBLES, H. (2007). *Los aspectos laborales...* op. cit. pp. 18-19.

¹⁹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2010). *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de Unión Europea, 2011. ISBN: 978-92-871-9986-7.

“El segundo elemento característico es que la disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a un grupo protegido²⁰ en desventaja particular. Ésta es la diferencia entre la discriminación indirecta y la discriminación directa, el desplazamiento de la atención desde el trato diferente hacia la diferencia en los efectos.”²¹ Respecto este segundo elemento, encontramos interesante reproducir las Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto Nolte²² con respecto a la discriminación sexual: “[P]ara que se considere discriminatoria, la medida debe afectar a un número muy superior de mujeres que de hombres, a un número considerablemente inferior de hombres que de mujeres o a muchas más mujeres que hombres”²³.



Cabe en este punto preguntarse si existe en nuestro supuesto un colectivo que resulte especialmente perjudicado por afectarle la norma en mayor proporción. Para ello, es preciso determinar el nivel de

participación de la mujer en este tipo de contratos, información fácilmente extraíble de los datos obtenidos de la Encuesta de la Población Activa²⁴ que realiza trimestralmente el Instituto Nacional de Estadística.

En el gráfico 1 se observa la mayor incidencia de las mujeres en los contratos a tiempo parcial, con lo que queda reflejado que cualquier medida que reporte consecuencias desfavorecedoras para las personas empleadas a tiempo parcial, afectará a un número mucho mayor de mujeres que de hombres.

Es importante reseñar, en aras de situarnos en la realidad que subyace tras aquellas personas que trabajan a tiempo parcial, que el desarrollo de una prestación de servicios en una jornada

²⁰ En referencia a los grupos considerados como protegidos, en la legislación europea se analizan: el género, la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la raza, el origen étnico y nacional, la religión y las creencias. Véase: AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2010). *Manual de... op.cit.* pp. 26.

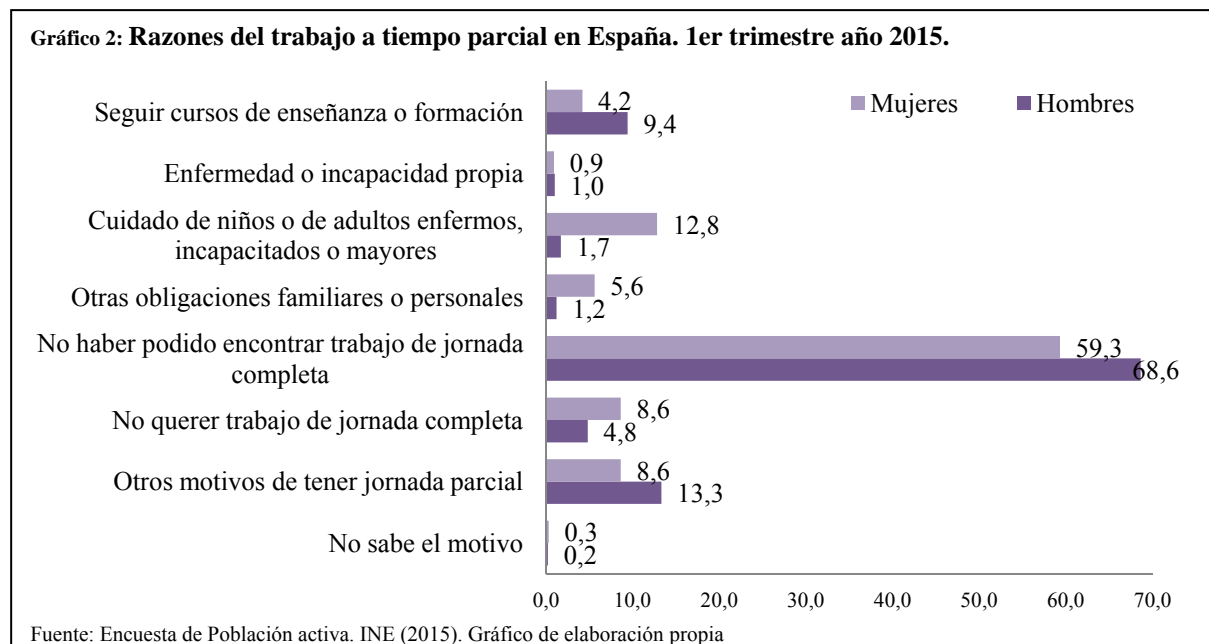
²¹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2010). *Manual de... op.cit.* pp. 30-31.

²² Asunto C-317/93 (Nolte).

²³ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2010). *Manual de... op.cit.* pp. 31.

²⁴ La EPA es una investigación por muestreo, de periodicidad trimestral, dirigida a la población que reside en viviendas familiares del territorio nacional y cuya finalidad es averiguar las características de dicha población en relación con el mercado de trabajo. Los entrevistadores del Instituto Nacional de Estadística se ponen en contacto, personal o telefónico, con las viviendas seleccionadas para formar parte de la muestra y recogen la información de las personas que residen en ellas.

no completa no obedece generalmente a decisiones voluntarias, sino que la gran mayoría se ven abocadas a la realización de este tipo de jornadas por motivos relacionados con la realidad social y familiar que viven. Tal como muestra el gráfico 2, un 59,3% del total de mujeres que trabajan a tiempo parcial lo hace por no haber encontrado un trabajo a tiempo completo. Obsérvese, también, que un 18,3% de estas mujeres alude a motivos de responsabilidades familiares, frente al 2,9% de los hombres. Así, una vez constatada la falta de voluntariedad en la realización de la jornada laboral en un régimen de parcialidad, continuaremos con el análisis de los elementos necesarios para identificar la discriminación indirecta en la aplicación de la norma.



En referencia al tercer elemento, “al igual que en el caso de la discriminación directa, el tribunal deberá encontrar una referencia comparativa para determinar si el efecto de una determinada disposición, criterio o práctica es sustancialmente más perjudicial que el experimentado por otras personas en situación similar”²⁵. Este tercer elemento aplicado a nuestra investigación se traduce en la necesidad de realizar la comparación entre la situación en la que se encuentran aquellas personas que hayan trabajado a tiempo completo, en contraposición con la de aquellas que lo hayan hecho a tiempo parcial. En el desarrollo de nuestro trabajo se irá observando cómo de la aplicación de los diferentes regímenes jurídicos que han venido regulando la protección social de los contratos a tiempo parcial, se deriva una mayor dificultad para el acceso a la prestación de jubilación, así como una minoración de la cuantía a la que se tiene derecho. Esta cuestión se ha ido corrigiendo a lo largo de los años

²⁵ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2010). *Manual de... op. cit.* pp. 31.

con las modificaciones legales que examinaremos a continuación. Sin embargo, se deberá determinar si dichas modificaciones han sido adecuadas y suficientes para eliminar toda discriminación, pues nuestra tesis defiende la posibilidad de que se siga ocultando una discriminación por razón de sexo en las disposiciones que desarrollan el contrato a tiempo parcial. Es decir, plantearemos la posibilidad de que la aplicación de las actuales normas que regulan el acceso y la determinación de la cuantía de la prestación tras un contrato a tiempo parcial sigan llevando a un resultado constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo.

Por último, no puede obviarse que en algunos casos los tribunales consideran aceptable la existencia de un trato diferenciado. Para el caso de la discriminación indirecta, y tal como reza el propio redactado de la definición otorgada por la Directiva 2006/54/CE, se justificará dicha discriminación si *“dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”*. El análisis que se realizará de los pronunciamientos de los diferentes tribunales en relación con los motivos alegados a estos efectos en cada proceso, nos permitirá determinar si realmente cabe justificación para situar a la mujer en esta desventaja particular.

III. La regla del cálculo del período de carencia. Antecedentes normativos y jurisprudenciales al Coeficiente Global de Parcialidad.

En primer lugar, se determinará el ámbito subjetivo de las disposiciones objeto de discusión en este trabajo, es decir, quiénes son consideradas por nuestro ordenamiento jurídico personas trabajadoras a tiempo parcial. A este respecto, habrá que tener en consideración, aunque no sea objeto del presente estudio, que las mismas reglas operan para aquellas personas con contrato de relevo a tiempo parcial y con contrato de trabajo fijo-discontinuo, por prescripción del apartado segundo de la Disposición adicional séptima de la LGSS²⁶. Actualmente, el concepto de contrato a tiempo parcial viene definido en el art. 12.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²⁷ (en adelante, E.T.), en su redacción otorgada por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo²⁸, según el cual *“[e]l contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un*

²⁶ En su redacción otorgada por el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1998).

²⁷ BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995

²⁸ BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2001

número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable". En el mismo artículo queda delimitado el concepto de *trabajador*²⁹ *a tiempo completo comparable*, que será aquel que desarrolle su prestación de servicios "a tiempo completo en la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato y que realice un trabajo idéntico o similar". El citado precepto prevé que para el caso que no existiera en la misma empresa *trabajador comparable* en estos mismos términos, se acudiría, a efectos de realizar tal comparación, a lo dispuesto en "el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, a la jornada máxima establecida legalmente".

Pues bien, la forma de computar los días cotizados para el cálculo de los períodos de carencia requeridos para causar derecho a la pensión de jubilación y de incapacidad permanente para las recién definidas personas trabajadoras a tiempo parcial, ha sido objeto de debate constitucional en varias ocasiones. Concretamente, el Tribunal Constitucional ha declarado nulos los preceptos que lo han venido regulando, por ser estos contrarios al artículo 14 de nuestra Constitución, en dos ocasiones. A continuación, se examina brevemente la evolución normativa que recientemente³⁰ ha sufrido dicho cálculo y las sentencias que han impulsado sus respectivas modificaciones, hasta situarnos en la norma que regía en el momento en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, Tribunal de Justicia) y el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) recibieron, respectivamente, la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad que dieron lugar a las sentencias objeto de estudio en este trabajo. Pronunciamientos que, como veremos, propiciaron la posterior introducción del Coeficiente Global de Parcialidad.

1. Criterio de proporcionalidad estricta: El artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y la STC 253/2004³¹.

A propósito de la evolución normativa del sistema de cómputo de los períodos de cotización de aquellas personas que hubieran trabajado a tiempo parcial, cabe apuntar en primer lugar que, originariamente, la configuración de la cotización en nuestro sistema partía de la consideración de que las trabajadoras y los trabajadores prestaban sus servicios a jornada

²⁹ Nótese que cuando se hace referencia a la denominación de "trabajador" en término masculino, el uso sexista del lenguaje se debe a la realización de citas literales de la norma.

³⁰ Para un estudio de su evolución normativa en más profundidad, véase: TOROLLO, F.J. (1994). "La duración de la jornada de trabajo y las pensiones contributivas de la Seguridad Social". *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 65. pp. 467-480. ISSN: 0212-6095.

³¹ BOE núm. 18, suplemento, de 21 de enero de 2005

completa. Fruto de políticas de fomento del empleo con las que se pretendía potenciar el trabajo a tiempo parcial se ajustaron las reglas de cálculo de las cotizaciones de éste régimen, determinándose estas en función del salario percibido por las horas trabajadas³².

Fue con la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (derogada con la entrada en vigor en mayo de 1995 del actual ET), que se configuró dicha norma de determinación del cálculo de las cotizaciones. Respecto de esta norma, advirtió el TC, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2004, que “[e]sta *previsión legal* (Ley 8/1980) *implicaba en forma tácita la derogación de lo establecido hasta entonces por la Ley general de la Seguridad Social de 1974 en su art. 74.4, en virtud del cual la base de cotización tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento «cualquiera que fuera el número de horas que se trabajasen diariamente»*” (FJ 2).

Como es sabido, el Estatuto de los Trabajadores regula en su art. 12 el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial. En su redacción originaria, de marzo de 1995, el apartado tercero del citado artículo establecía que la base de cotización se constituía por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, y que, para la determinación de los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, computaban exclusivamente las horas trabajadas (de igual modo se regulaba en la Disposición adicional séptima de la LGSS). Por el contrario, en el caso de los contratos a tiempo completo la regla opera (y operaba ya en ese momento) de manera que el cómputo se determina en función del período natural durante el que se ha estado en alta o en situación asimilada al alta³³. Con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1997³⁴, de 16 de mayo, la norma para la determinación de los períodos de cotización sufrió un cambio de ubicación, pasando a conformar el párrafo segundo del apartado cuarto del mismo art. 12.

Respecto del mencionado art. 12.4, se pronunció el TC, en Pleno, en la referida Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, en la que declaraba “*inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto*

³² Véase: LLORENTE, A. y DEL VALLE, J.I. (2013). “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: jurisprudencia reciente y alternativas de reforma”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2013, parte Informes. ISSN: 1889-4380. pp. 8-9.

³³ El artículo 161 de la LGSS dispone los requisitos de acceso a la prestación de jubilación con carácter general.

³⁴ BOE núm. 118, de 17 de mayo de 1997.

establece que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas.”

El TC conoció de este asunto por la cuestión de constitucionalidad 2054/98, planteada en mayo de ese año por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra. El conflicto se suscitaba entre una trabajadora que solicitaba la prestación de incapacidad permanente total y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). En septiembre de 1997 se le denegó a la demandante el derecho a tal prestación por no reunir el período mínimo de cotización de 4.045 días exigido en la fecha del hecho causante. En esa fecha la trabajadora acreditaba un total de 4.024 días, cuando, en realidad, había estado en situación de alta o asimilada un total de 4.923 días naturales. Esto era así, porque los 2.346 días en que la trabajadora estuvo contratada a tiempo parcial, computaron, a efectos de causar derecho a la pensión, y por aplicación de las reglas para tal cómputo contenidas en el art. 12.4 ET, como 1.447 días.

Como es sabido, el brazo contributivo de nuestro sistema de seguridad social se erige con el objetivo de proteger a las personas trabajadoras en los casos de infortunio y, por tanto, de lo que se trata es de garantizarles una adecuada substitución de rentas cuando estas se encuentran imposibilitadas para trabajar como consecuencia de la determinación de algunas de las contingencias comprendidas en el campo de aplicación de la acción protectora de la Seguridad Social (como son la vejez y la invalidez, entre otras). Por ello, en coherencia con la idea de substitución de rentas, el sistema profesional de Seguridad Social se rige por el principio contributivo³⁵. De este modo, las prestaciones a las que se tiene derecho lo son en proporción al esfuerzo contributivo realizado por el/la trabajador/a, que es, a su vez, proporcional al importe de sus retribuciones³⁶.

Atendiendo al mencionado principio contributivo, el Alto Tribunal consideró que no es contrario al artículo 14 CE que la cuantía de la prestación de la persona que accede a su cobro habiendo cotizado a tiempo parcial sea determinada en proporción a las horas trabajadas, puesto que en función de esas horas se le ha retribuido y, por tanto, esta ha cotizado al sistema.

³⁵ Véase: ALARCON, M.R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1999. pp. 73-74. ISBN: 84-8410-316-1.

³⁶ En este sentido, según ALARCÓN CARACUEL “*la adecuación de la prestación a la renta profesional que viene a sustituir se hace a través del mecanismo interpuesto de la adecuación de la prestación a las cotizaciones pagadas por el beneficiario. Se establece así una cadena de correspondencias: renta profesional –cotización –prestación*”. ALARCON, M.R. (1998). “La reforma del sistema de pensiones en España”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 12, pp. 21-33. ISSN: 1131-8635.

Sin embargo, a criterio del TC, el art. 12.4 ET no superaba el juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, que debe requerirse a toda norma que suponga una diferencia de trato ante situaciones que pueden considerarse iguales. Lo que el TC consideró constitutivo de vulneración del derecho a la igualdad fue que *“la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado claramente desproporcionado”*(FJ 6), puesto que aquellas personas que habían contribuido al sistema durante largos períodos de tiempo con contratos a tiempo parcial, no sólo obtenían una pensión de cuantía más reducida (aspecto que, como se ha expuesto, el TC consideró acorde con el principio contributivo y, por tanto, no constitutivo de discriminación), sino que se les exigía unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia que a aquellas que lo habían hecho a tiempo completo, dificultándoles así el acceso a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente en su modalidad contributiva.

La misma Sentencia analizaba también la vulneración del art. 14 CE a la que conllevaba la aplicación de la norma controvertida desde el enfoque de la discriminación indirecta por razón de género. Amparándose en la normativa de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como en sus propios pronunciamientos en la materia, el TC define tal tipo de discriminación como *“aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”* (FJ 7). Así, teniendo en cuenta, por un lado, que en aquel momento las mujeres representaban el 81.94% del total de la población asalariada a tiempo parcial³⁷, y, por otro, constatada la existencia de desigualdad en el resultado de la aplicación de la norma (a las personas contratadas a tiempo parcial se les dificultaba el acceso a la prestación al requerírseles haber cotizado durante un período de tiempo mayor que a aquellas que hubieran desarrollado su prestación de servicios a tiempo completo), el TC establecía la necesidad de analizar si la medida se explicaba por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio, lo cual actuaria como límite al derecho consagrado en el artículo 14 CE. En este punto, el Alto Tribunal concluye que la diferencia de trato provocada por la aplicación del art. 14.2 ET entre las personas con contrato a tiempo completo y las personas con contrato a tiempo parcial en

³⁷ STC 253/2004 (FJ 8). Basándose en los datos de la publicación del Instituto de la Mujer, de 2004: *“Mujeres en cifras”*

cuanto al cómputo de los días cotizados para el cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a la prestación, era una medida arbitraria que conllevaba a un resultado desproporcionado y, como tal, era constitutivo de discriminación por razón de sexo. Pues, en contra de lo objetado al respecto como justificación de la medida controvertida, ya se atendía al principio de contributividad en el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones.

A pesar de la importancia del recién expuesto pronunciamiento del TC, este se produjo con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 15/1998, de 28 de noviembre³⁸ (norma que modificó el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial). Con lo que la efectividad de la sentencia fue nula, en cuanto declaraba la inconstitucionalidad de un precepto que, en la fecha del fallo, ya había sido expulsado de nuestro ordenamiento jurídico.

2. Medidas correctoras del criterio de proporcionalidad estricta: La DA 7ª LGSS

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, modificó el art. 12 ET, de forma que este dejaba de contener regulación en materia de protección social.

El citado Real Decreto-Ley modificó también el texto de la Disposición adicional séptima de la LGSS, sobre *normas aplicables a los trabajadores a tiempo parcial*, incorporando, entre otras reformas, una medida correctora establecida con la intención de atenuar los resultados del cálculo de la carencia realizado con el cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas (medida contenida en la regla segunda del apartado primero de la mencionada disposición). La corrección se configuraba del siguiente modo:

En primer lugar, la letra a) de la citada norma introducía el concepto de día teórico de cotización, que era el equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientos veintiséis horas anuales (que correspondía a la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo determinada en el art. 34.1 ET vigente en aquel momento).

En segundo lugar, por prescripción de la letra b), para causar derecho a las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización se le aplicaba el coeficiente multiplicador de 1.5, resultando de este cálculo el número de días que se considerarían acreditados como cotizados a efectos de la determinación de los períodos mínimos de cotización. El precepto limitaba el resultado del cómputo a aquel que

³⁸ BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1998.

correspondería en caso de haberse llevado a cabo la prestación de servicios a tiempo completo.

Con la aplicación de esta regla, como hemos visto, y a efectos de carencia, se atenuaba la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta en el cómputo de los días cotizados correspondientes a aquellos períodos en los que se había estado empleado/a a tiempo parcial, pretendiendo con ello el encaje de la norma al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española. Encaje que, como se expone a continuación, tampoco superó el juicio del Tribunal de Justicia ni del Tribunal Constitucional.

Por último, interesa destacar otra de las reformas operadas en la redacción de la DA 7ª como consecuencia de la entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley. Con esta modificación se incorporó una cuarta regla con la que se remitía a la normativa específica de la prestación por desempleo³⁹ la regulación para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora. De este modo, sin aplicárseles ahora el régimen contenido en el apartado primero de la DA 7ª, por el contrario de lo que sucede en los requisitos de acceso y de cálculo de la prestación de jubilación, a las personas solicitantes de la prestación de desempleo se les computa como efectivamente cotizado todo el período en que se haya estado en situación de alta o asimilada, con independencia de la reducción de su jornada.

IV. La STJUE en el asunto Elbal Moreno.

Mediante auto de 4 de julio de 2011, el Magistrado Joan Agustí Maragall, juez titular del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, planteaba petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La norma controvertida en el litigio era, precisamente, la regla segunda del apartado primero de la DA 7ª de la LGSS, en su redacción conferida por el Real Decreto-Ley 15/1998.

A continuación, se exponen los hechos que fundamentaban el objeto de la demanda y de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia sobre la adecuación de la mencionada regla de cómputo al Derecho de la Unión Europea.

El 8 de octubre de 2009, con 66 años de edad, la Sra. Elbal Moreno, demandante en el proceso, solicitó la prestación de jubilación ante el INSS. El 13 de octubre de 2009, el INSS

³⁹ La regulación de la prestación por desempleo se ubica en el Título III de la LGSS, cuyo desarrollo viene determinado en el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo. BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1985.

denegó la prestación de jubilación a la actora por no reunir el período mínimo de cotización requerido en el art. 161.1.b) de la LGSS para poder causar derecho a tal prestación. En la fecha del hecho causante, por aplicación de la Disposición transitoria cuarta de la LGSS vigente en ese momento (en su redacción prevista en el artículo 3.6 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre⁴⁰, de medidas en materia de Seguridad Social), se requería haber cotizado un período mínimo de 4.931 días (13,7 años), mientras que a la actora se le acreditaban, según la referida resolución denegatoria del INSS, un total de 1.363 días computables de cotización. Cabe señalar, que la Sra. Elbal Moreno estuvo contratada durante 18 años a razón de 4 horas semanales, esto es, un 10% de la jornada ordinaria legal en España.

Estos 1.363 días computables de cotización estaban conformados por las siguientes cotizaciones: a) 41 días a jornada completa (del 24 de octubre al 3 de diciembre de 1960); b) 336 días asimilados por tres partos (a razón de 112 días por parto)⁴¹; c) 656 días computables al 10% en razón de la jornada parcial (del 1 de noviembre de 1991 al 30 de octubre de 2009, es decir, un total de 6.564 días naturales); d) 329 días adicionales resultado del factor de corrección del 1,5 establecido en la Disposición adicional 7ª de la LGSS.

El juez, ante la duda de si la aplicación de tal precepto constituía una lesión del principio de igualdad y/o de discriminación indirecta por razón de sexo, confirió plazo de alegaciones con la intención de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Sin embargo, en aquel momento el TC acumulaba sin resolver varias cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la DA 7ª de la LGSS, hecho que impulsó, finalmente, en virtud del art. 267 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴² (TFUE), el planteamiento ante el TJUE de las cuestiones prejudiciales que a continuación se reproducen:

“I.- ¿Entraría dentro del concepto de “condición de empleo” al que se refiere la prohibición de discriminación de la cláusula 4ª de la Directiva 97/81 una pensión de jubilación como la regulada por el Sistema de Seguridad Social español en el nivel contributivo, resultante de las cotizaciones efectuadas por y a favor del trabajador durante toda su vida laboral?”

II.- En caso de que se hubiera respondido afirmativamente a la primera cuestión y se entienda que una pensión de jubilación como la regulada por el Sistema de Seguridad Social español en el nivel contributivo entra en el concepto de “condición de empleo” a que se refiere la cláusula 4ª de la Directiva 97/81, ¿La prohibición de discriminación

⁴⁰ BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007

⁴¹ En virtud de la disposición adicional 44 de la LGSS, “a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo (...), salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas (...).”

⁴² D.O. C 326, de 26 de octubre de 2012.

que contempla dicha cláusula debe ser interpretada en el sentido que impediría o se opondría a una norma nacional que –como consecuencia de la doble aplicación del “principio pro rata temporis”– exija a los trabajadores a tiempo parcial, en comparación a 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?

III.- Como cuestión complementaria a las anteriores, ¿Puede ser considerada como 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 propio art. 157 [TFUE]– una regulación como la española (contenida en la DA 7ª LGSS) del sistema de cotización, acceso y cuantificación de la pensión de jubilación contributiva para los trabajadores a tiempo parcial?

IV.- Como cuestión alternativa a las anteriores, caso que la pensión de jubilación contributiva española no se entendiera ni como “condición de empleo” ni como “retribución”, ¿La prohibición de discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, que contempla el art. 4º de la Directiva 79/7 debe ser interpretada en el sentido que impediría o se opondría a una norma nacional que –como consecuencia de la doble aplicación del “principio pro rata temporis”– exija a los trabajadores a tiempo parcial (en su inmensa mayoría, mujeres) en comparación a 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?”

1. Perspectiva de género en el Derecho de la UE. Normativa y jurisprudencia europea relacionada con el asunto Elbal Moreno.

Como se ha señalado en la introducción del presente trabajo, es latente la sensibilización del legislador europeo ante la problemática de la existencia de discriminación por razón de género en la esfera de la vida social y económica de las ciudadanas de la Unión Europea. Muchos de sus esfuerzos van dirigidos a la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado laboral, y son diversas las directivas con las que se pretende garantizar a la mujer un marco de protección efectiva ante las desigualdades que esta debe afrontar en su faceta de trabajadora⁴³. Es importante en esta materia reseñar la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, la cual, aun no pudiendo ser considerada más que una mera declaración política desprovista de fuerza obligatoria⁴⁴, ha tenido una

⁴³ Por todas: Directiva 75/117/CEE (igualdad retribuciones); Directiva 76/207/CEE (igualdad trato profesional: acceso al empleo, formación, promoción profesional y condiciones de trabajo); Directiva 79/7/CEE (igualdad Seguridad Social); Directiva 86/613/CEE y Directiva 86/391/CEE (igualdad trabajador autónomo); Directiva 92/85/CEE (protección de la mujer embarazada); Directiva 97/80/CEE (carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo); Directiva 2006/54/CEE (aplicación del principio de igualdad de oportunidades en asuntos de empleo y ocupación).

⁴⁴ “Se trata de un texto anterior al tratado de Maastricht –se adoptó en la reunión de Jefes de Estado o de Gobierno de Estrasburgo el 19 de diciembre de 1989- pero que, dada la no aceptación por Reino Unido (...), no puede ser, en propiedad, considerado ni Derecho originario (reformado) ni Derecho derivado europeo”. ALARCON, M.R. (1997). “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”. En: CRUZ, J. (coord.), *La*

“importante significación teórica en estos últimos años, inspirando incluso algunas de las directivas en materia social”^{45y46}.

En este apartado nos centraremos en aquella normativa a la que se apela en las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE en el asunto Elbal Moreno, esto es, el artículo 157 del TFUE, la cláusula 4ª de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria y de Organizaciones Empresariales de Europa), el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos)⁴⁷, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998⁴⁸, el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006⁴⁹, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y, por último, 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 social⁵⁰.

El artículo 157 del TFUE⁵¹, antiguo artículo 141 TCE, establece el mandato a todos los Estados miembros de garantizar la igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores para un trabajo de igual valor. El mismo artículo, en su apartado tercero, reserva al procedimiento legislativo ordinario de la UE el establecimiento de las medidas necesarias para la consecución de la igualdad de mujeres y hombres en todo asunto de empleo y ocupación. Por último, en su apartado cuarto, legitima a los Estados miembros para adoptar medidas de acción positiva en aras de garantizar, en la práctica, la plena igualdad entre mujeres y hombres en la vida laboral.

igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997. pp. 19-32. ISBN: 84-8193-477-1.

⁴⁵ DE LA VILLA, P. (2001). “Las tres “Cartas” Europeas sobre derechos sociales”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, pp. 273-311. ISSN: 1137-5868.

⁴⁶ Por todas: Directiva 97/81/CE (considerando tercero)

⁴⁷ D.O. L 14, de 20 de enero de 1998.

⁴⁸ D.O. L 31, de 5 de mayo de 1998.

⁴⁹ D.O. L 204, de 26 de julio de 2006.

⁵⁰ D.O. L 6, de 10 de enero de 1979.

⁵¹ En relación al efecto directo del art. 157 TFUE: “A raíz del caso *Drefenne*, la jurisprudencia del TJCE colmaría con su labor interpretativa una laguna de los tratados haciendo aportaciones a la construcción comunitaria. El TJCE estimó que el art. 119 (141 TCE, 157 TFUE) es una norma clara y precisa (...). Tiene efecto directo, lo que significa que es un precepto que genera directamente un derecho a una retribución igual por un trabajo igual y que ese derecho subjetivo es invocable y exigible tanto en las relaciones laborales entre particulares (horizontales) como entre los particulares y las administraciones públicas (...).” MANGAS, A. (2008). “Artículo 23. Igualdad entre hombres y mujeres”. En: MANGAS, A. (Dir.). *Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Ed. Fundación BBVA, 2008. pp. 414-440. ISBN: 978-84-96515-80-2.

La Directiva 2006/54/CE, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, es un texto refundido que se encarga de actualizar, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, las directivas anteriores en la materia, siendo, por tanto, su finalidad, la de aplicar el mandato contenido en el recién mencionado artículo 157 TFUE. “Esta Directiva define la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso y el acoso sexual. Asimismo, insta a los empresarios a adoptar medidas preventivas para luchar contra el acoso sexual, endurece las sanciones en caso de discriminación y prevé la creación, en los Estados miembros, de organismos encargados de promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres”⁵². En la tercera cuestión prejudicial se consulta la posibilidad de que con la aplicación de nuestra normativa interna se esté vulnerando el artículo 4 de la citada Directiva, en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo en las condiciones de retribución establecidas para un trabajo de igual valor.

En referencia a la Directiva 97/81/CE, esta incorporó el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1996 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, el CEEP y la CES). Tal como se expone en el preámbulo del Acuerdo, en el marco del principio de no discriminación, se tomó nota de la Declaración sobre el Empleo del Consejo Europeo de Dublín de 1996, en la que, entre otras cosas, se destacaba la necesidad de hacer que los sistemas de protección social favorecieran más la creación de empleo. En esta línea, la cláusula 1 del Acuerdo marco establece que el objetivo del mismo es el de “garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial”, así como “facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores”. En el asunto Elbal Moreno, el juez plantea las cuestiones prejudiciales primera y segunda apelando a la cláusula 4 del Acuerdo, sobre el principio de no discriminación por lo que respecta a las *condiciones de empleo* de los trabajadores a tiempo parcial.

La cuarta y última cuestión prejudicial planteada se acoge a la aplicación de la Directiva 79/7/CEE. Esta Directiva fue adoptada por el Consejo considerando la conveniencia “de aplicar el principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, en primer lugar en los

⁵² SCHULZE, E. *La igualdad... op. cit.* pp. 2

regímenes legales que garanticen una protección contra los riesgos de enfermedad, invalidez, de vejez, de accidentes de trabajo, de enfermedad profesional y de paro, así como las disposiciones relativas a la ayuda social (...). Como consecuencia, la vejez, que es el riesgo que aquí interesa, queda comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva, tal como se recoge después en el art. 3 de la misma. Esta cuestión prejudicial se plantea en referencia al apartado primero del artículo 4 de la Directiva, según el cual:

“El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,*
- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,*
- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.”*

Para lo que aquí interesa, es también relevante la postura del Tribunal de Luxemburgo en su interpretación de la normativa europea y, de hecho, sus sentencias se configuran, al menos en el ámbito social, como el impulso para la redacción y aprobación de la normativa europea, erigiéndose este Tribunal como un verdadero actor normativo⁵³. Es además la tutela del trabajo a tiempo parcial, tema sobre el cual pivota el análisis del presente trabajo, la que ha permitido configurar la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo en la que se ha apoyado la elaboración de posteriores normas⁵⁴. Una de las primeras sentencias en sentar tal doctrina fue la del asunto Bilka⁵⁵, emitida a propósito de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal federal del trabajo de Alemania (Bundesarbeitsgericht), a la cual nos referiremos brevemente por su importancia y por la clara conexión que el asunto tiene con este trabajo. Del mismo modo que en el caso de la Sra. Elbal Moreno, a la Sra. Weber se le había denegado una pensión por no acreditar el período mínimo

⁵³ La doctrina lo trata de actor normativo o institucional. En este sentido, CARUSO, refiriéndose al Tribunal de Justicia, considera que: *“Se trata de un actor institucional cuya posición no se limita a influir y estimular el debate cultural entre intelectuales o estudiosos del Derecho, sino que proporciona las bases para la construcción de un ambicioso edificio constituido por el ordenamiento jurídico comunitario. Un ordenamiento, es importante recordarlo incidentalmente, que aun no respondiendo a la fisonomía del Estado, no poseyendo todavía los atributos democráticos fundamentales, ha producido, gracias al Tribunal de Justicia, un Derecho en grado de penetrar en la esfera jurídica interna de los Estados miembros hasta alcanzar a los individuos en carne y hueso”*. CARUSO, B. (1997). “La aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato”. En: CRUZ, J. (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997. pp. 83-96. ISBN: 84-8193-477-1.

⁵⁴ Véase CARUSO, B., *“La aplicación judicial... op. cit., pp. 93-94*. Se refiere al caso Enderby, al cual denomina *hito trascendental de la jurisprudencia en materia de discriminación indirecta*, el asunto Jenkins, el caso Bilka, entre otros.

⁵⁵ Asunto 170/84, Bilka.

de cotización de 15 años trabajados a tiempo completo requeridos, en su caso, para causar derecho a la pensión bajo el régimen complementario de pensiones de Bilka-Kaufhaus. La Sra. Weber había trabajado un total de 16 años, 5 de los cuales lo hizo en régimen de tiempo parcial. En este asunto se falló en el sentido de considerar que la exclusión de las personas con contratos a tiempo parcial del régimen complementario de pensiones infringía el artículo 119 del Tratado de Roma (artículo 157 en la versión consolidada del TFUE, antiguo artículo 141 en su versión del Tratado de Ámsterdam de 1997) al afectar a muchas más mujeres que hombres. Es relevante esta sentencia pues en ella definió el Tribunal el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, sentando el criterio con el cual se constatará su existencia en las futuras deliberaciones sobre la materia. En particular, la sentencia establece que habrá discriminación indirecta cuando el uso de un criterio aparentemente neutro afecte a un porcentaje considerablemente mayor de personas de un solo sexo. El concepto se matiza con la consideración de que una justificación objetiva de la medida adoptada actuaría como límite al derecho de no discriminación. Por tanto, se requiere un enfoque en dos fases. Primero, habrá que determinar que el alcance de la norma aplicada a ambos sexos afecta desproporcionadamente a uno de ellos. Y, una vez constatada tal situación, cabrá examinar si existe justificación, lo cual ocurrirá en caso de cumplirse dos condiciones: a) que el objetivo buscado con la medida adoptada sea legítimo; y, b) que tal medida sea un medio apropiado y necesario para la consecución de tal objetivo⁵⁶.

A continuación, se citan las sentencias en las que el Tribunal de Justicia respalda el desarrollo de su exposición en el asunto Elbal Moreno, al hilo de las cuestiones prejudiciales planteadas.

En la cuestión prejudicial primera, al Tribunal se le plantea la duda de si nuestra pensión de jubilación contributiva entraría dentro del concepto de *condición de empleo* al que se refiere la prohibición de discriminación de la cláusula 4ª de la Directiva 97/81. La cuestión segunda plantea que, si así fuera, podría considerarse que la doble aplicación de la *prorata temporis* que resulta de la aplicación de la DA 7ª es contraria al citado precepto. En relación con el concepto de *condición de empleo*, el Tribunal de Justicia cita la sentencia de 10 de junio de 2010, Bruno y otros⁵⁷, la cual, en su apartado 42, a su vez remite al apartado 132 de la

⁵⁶ Véase SENDEN, L. (1997). “La igualdad salarial en la legislación comunitaria”. En CRUZ, J. (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997. pp. 135-152. ISBN: 84-8193-477-1.

⁵⁷ Asunto C-395/08 y C-395/08, Bruno y otros. El objeto de esta sentencia, de 10 de julio de 2010, era la emisión de decisión prejudicial solicitada por la *Corte d'appello di Roma* en una petición en la que se acumulaban dos asuntos suscitados entre el *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS)* y tres solicitantes de la pensión de jubilación, en relación con la antigüedad adquirida a fin de calcular los derechos de la pensión. Se solicitaba

importante⁵⁸ sentencia de 15 de abril de 2008, sobre el asunto Impact⁵⁹. En esta última, el TJUE entiende que estarán comprendidas en el concepto de *condición de empleo*, en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo marco, “*las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador*”, excluyendo de tal concepto “*las pensiones legales de seguridad social que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social*” (apartado 21).

Al respecto de las consideraciones de orden social que pudieron influir en que el legislador nacional estableciese un determinado régimen, el Tribunal vuelve a aludir al asunto Bruno y otros y, citando su apartado 47 (el cual se remite a la sentencia Schönheit y Becker⁶⁰, de 23 de octubre de 2003), el Tribunal de Luxemburgo señala que estas “*no pueden prevalecer si la pensión solo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo*” (apartado 23).

Al Tribunal se le plantea la tercera duda como cuestión complementaria a las dos primeras. El juez de lo social pretende conocer si la regulación del sistema de cotización, acceso y cuantificación de la pensión de jubilación contributiva para las personas contratadas a tiempo parcial puede ser considerada como uno de los *elementos y condiciones de retribución* al que se refiere la prohibición de discriminación prescrita en el artículo 4 de la Directiva 2006/54 y del apartado 2 del artículo 157 del TFUE. En relación con la cuestión de cuándo una pensión puede ser incluida en el concepto de *retribución* en el referido sentido, el TJUE se basa en el argumento recogido en el apartado 41 del asunto Bruno y otros⁶¹. En él, el TJUE había establecido que se consideraran retribución aquellas “*pensiones que dependen de la relación*

la interpretación de la Directiva 97/81/CE del Consejo, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en el caso de personas empleadas a tiempo parcial que trabajaban varios meses al año y descansaban durante el resto de los meses (contrato a tiempo parcial vertical cíclico). En esta Sentencia, el TJUE estableció que “*el principio de pro rata temporis no es aplicable a la determinación de la fecha de adquisición del derecho a pensión, en la medida en que ésta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador. En efecto, esta antigüedad se corresponde con la duración efectiva de la relación de empleo, y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación*” (apartado 66), con lo que el Tribunal de Luxemburgo concluyó que se debían excluir los períodos de inactividad para el cálculo de la pensión de jubilación.

⁵⁸ Así la tilda la doctrina, teniendo en cuenta su relevancia en referencia a la asimilación de tales pensiones como condiciones de trabajo. Véase: LLORENTE, A. i DEL VALLE, J.I. (2013). “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial... *op. cit.* pp. 4-5.

⁵⁹ Asunto C-268/06, Impact

⁶⁰ Asuntos C-4/02 y C-5/02, Schönheit y Becker

⁶¹ Téngase en consideración que el citado apartado alude, a su vez, a otras sentencias, como son la de 25 de mayo de 1971, en el asunto Defrenne (Asunto 80/70), la citada sentencia de 13 de mayo de 1986, en el asunto Bilka, la de 17 de mayo de 1990, en el asunto Barber (Asunto C-262/88), y, ya por segunda vez, los asuntos Schönheit y Becker (Asuntos C-4/02 y C-5/02).

de empleo que vincula al trabajador con el empleador”, excluyendo a tal efecto “*a aquellas pensiones que 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*” (apartado 20).

Por último, en referencia a la cuarta cuestión prejudicial, planteada con carácter subsidiario respecto de las anteriores para el supuesto que la pensión de jubilación contributiva del sistema de Seguridad Social español no pudiera considerarse ni como *condición de empleo* ni como *retribución*, el Tribunal apoya sus apartados 26, 29 y 32 en su argumentación recogida en la sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto Brachner⁶². En este punto, se plantea si el mayor período de cotización exigido a aquellas personas que trabajan a tiempo parcial, que mayoritariamente son mujeres, en comparación con aquellas que lo hacen a tiempo completo, para el acceso a una prestación de jubilación que ya es en cuantía proporcionalmente reducida en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones, vulnera la prohibición de discriminación por razón de sexo que contempla el art. 4 de la Directiva 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Después de examinar las disposiciones y la jurisprudencia sobre las que se apoya en el presente caso el Tribunal de Justicia, en el apartado siguiente se expone su resolución.

2. La conclusión del TJUE en el asunto Elbal Moreno.

En sus conclusiones, el TJUE descarta que la prestación de jubilación de la Seguridad Social en su modalidad contributiva esté incluida en el ámbito de aplicación del artículo 157 TFUE,

⁶² Asunto C-123/10, Brachner. En la referida STJUE, de 20 de octubre de 2011, el Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Justicia austriaca) presentó petición de decisión prejudicial en referencia a la interpretación de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en el marco de un litigio entre la Sra. Brachner y la Pensionsversicherungsanstalt (organismo de pensiones de jubilación) relativo al incremento del importe de la pensión de jubilación de la Sra. Brachner con arreglo al régimen de actualización de las pensiones establecido para el año 2008. De dicho suplemento compensatorio se excluyó a los pensionistas que, como la demandante, disponían de ingresos que superaran el nivel de referencia, incluidos los del cónyuge si convivía con él. Cabe señalar que de ello se derivaba que el porcentaje de mujeres desfavorecidas por la actualización de las pensiones para el ejercicio 2008 fue aproximadamente 2,3 veces más elevado que el de los hombres (apartado 29). Tal como advirtió el TJUE, el resultado comportaba una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido del art. 4 de la citada Directiva (apartado 68), por lo que se concluyó que “*un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas pudo sufrir una desventaja debido a la exclusión de las pensiones mínimas del incremento extraordinario previsto por el régimen de actualización controvertido en el litigio principal, dicha desventaja no puede justificarse por el hecho de que las mujeres que han trabajado accedan antes a la pensión de jubilación, que perciban su pensión durante más tiempo ni que el nivel de referencia a efectos del suplemento compensatorio también se haya elevado extraordinariamente para el mismo año 2008*”.

ni, en consecuencia, del artículo 4 de la Directiva 2006/54. Según su razonamiento, tal pensión tampoco puede considerarse incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula 4 de la Directiva 97/81⁶³. La pensión controvertida en el litigio principal no queda comprendida en el campo de aplicación de las referidas disposiciones al no poder ser considerada ni *retribución*, ni *condición de empleo*. De acuerdo con el concepto de *retribución* expuesto en el punto anterior, nuestra pensión de jubilación, regulada directamente por Ley sin que exista ningún tipo de concertación dentro de la empresa, queda excluida de este (apartado 20). Tampoco queda comprendida en concepto de *condición de empleo* puesto que esta “resulta ser una pensión que depende menos de una relación de trabajo entre trabajadores y empleadores que de consideraciones de orden social” (apartado 22). En lo que respecta a la limitación de la prevalencia de las consideraciones de orden social expuesta en el apartado anterior, es claro que tal matiz no opera en este caso, en el que la pensión ya no cumple con la primera de las tres condiciones, es decir, que esta no afecta sólo a una categoría particular de trabajadores (apartado 24).

De este modo, el debate se centra en la cuarta cuestión prejudicial, planteando la duda en la interpretación del artículo 4 de la Directiva 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en este caso concreto. Como ya se ha advertido, la protección ante el riesgo de vejez, es decir, la jubilación, queda comprendida dentro del campo de aplicación de la Directiva, en virtud de su artículo 3 (apartado 26).

En cuanto a la prohibición de discriminación por razón de sexo prescrita en el artículo 4, el Tribunal de Justicia apela a su reiterada jurisprudencia en materia de discriminación indirecta para recordar que existe tal discriminación “*cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de una manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres*” (apartado 29). En el actual supuesto, es claro que la DA 7 perjudica a aquellas personas que hayan trabajado a tiempo parcial por cuanto comporta una doble aplicación de la *pro rata temporis*. Para estas personas, el acceso a la pensión, la cual ya se verá proporcionalmente reducida en su base reguladora a razón de la parcialidad de la jornada,

⁶³ Ha sido criticado a este respecto el olvido del TJUE de transcribir parte de la doctrina que se recoge en la Sentencia Bruno y otros. La crítica se basa en el hecho que, al contrario que en la resolución del caso objeto de estudio, sí se consideró en ese supuesto (Bruno y otros) que la pensión de jubilación del sistema italiano, de absoluta identidad con la nuestra, quedaba comprendida en el campo de aplicación de la Directiva 97/81/CE puesto que se consideró incluida en el concepto de condición de empleo. En este sentido, véase: GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, M.A. (2013). “Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social; el caso Elbal Moreno”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2013, núm. 102, pp. 241-270. ISSN: 1137-5868.

se condiciona a haber trabajado un período más extenso de tiempo de lo que deben hacerlo las/los trabajadoras/es a tiempo completo. Como ya hemos explicado, a estas últimas se les computan acreditados como cotizados todos los días comprendidos en el período en el que hayan estado en situación de alta o asimilada, mientras que, a las que han trabajado a tiempo parcial, se les aplica el factor de corrección de 1.5 a los días cotizados en función de las horas efectivamente trabajadas en virtud de la DA 7^a. De esto resulta que la Sra. Elbal Moreno, que trabajaba a razón del 10% de la jornada (4 horas semanales), tendría que trabajar 100 años para acreditar la carencia mínima necesaria de 15 años que le permitiera el acceso a una pensión de jubilación de 112,93 euros mensuales (apartado 17). De esta manera, *“dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión”* (apartado 30).

Cabe en este punto traer a colación la doctrina cristalizada⁶⁴ en el asunto Bilka, la cual, como se ha indicado anteriormente, se considera precursora en materia de discriminación indirecta. De acuerdo con lo en ella establecido, constatado el hecho de que la aplicación de esta normativa priva en la práctica a las personas empleadas a tiempo parcial del acceso a la prestación, y, visto que en España al menos el 80% de ellas son mujeres, se deberá considerar si la medida se encuentra objetivamente justificada. A este respecto, el INSS y el Gobierno español aducen que el requisito de carencia exigido para causar derecho a la prestación es esencial en un sistema de seguridad social del tipo contributivo en aras de garantizar el equilibrio financiero del sistema. Sin embargo, para el TJUE la exclusión de la posibilidad de acceder a la prestación que comporta para la Sra. Elbal Moreno la aplicación de la DA 7, no *“constituy[e] una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo”*. Tampoco considera el Tribunal que ninguna otra medida menos gravosa permita alcanzar el referido objetivo (apartado 35). Cabe añadir, por último, que en opinión del Tribunal de Justicia, *“no consta que las medidas correctoras tengan el menor efecto positivo en la situación de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal”* (apartado 36). Tomando en consideración todo lo anterior, el TJUE declara la regla segunda del apartado primero de la DA 7 de la LGSS contraria al derecho de la UE en el sentido recién expuesto.

Por último, antes de concluir este apartado, examinaremos cómo resolvió el litigio principal el Magistrado del Juzgado de lo Social de Barcelona que planteó las cuestiones ante el TJUE.

⁶⁴ Término usado por SENDEN, L. *“La igualdad salarial...”* op.cit. pp. 147.

Evidentemente, por aplicación del principio de primacía⁶⁵ y de eficacia directa⁶⁶ del Derecho de la Unión Europea, el juez, en este concreto caso, debió inaplicar aquella parte de la norma nacional que había sido declarada contraria al derecho de la Unión Europea. De este modo, el juez falló a favor de la demandante y, en consecuencia, se le computaron a efectos de carencia todos los días del período cotizado, reconociéndosele así el derecho a la prestación de jubilación. Dejando sin efecto las reglas de cálculo de la DA 7ª, la trabajadora acreditaba como cotizados un total de 19 años, superando así los 13,7 años exigidos.

En cuanto al importe de la pensión, y aun no habiendo sido cuestionado por la demandante el porcentaje a aplicar a la base reguladora, es importante resaltar que el juez, en congruencia con el criterio de cómputo razonado por el TJUE, determinó el porcentaje del 62%, de acuerdo con la prescripción del artículo 163.1 de la LGSS, en función de los 19 años cotizados. Esto es, sin aplicar, nuevamente, la regla de determinación de los días cotizados en función de las horas trabajadas (entonces el porcentaje hubiera sido del 50%, correspondiente al mínimo establecido por la regulación vigente en ese momento) que operaba a efectos de la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora para los trabajadores a tiempo parcial, en virtud del apartado c) de la regla tercera del apartado primero de la DA 7ª. Eso sí,

⁶⁵ En lo relativo al principio de primacía del Derecho de la UE, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978 (Simmenthal. Asunto 106/77) y de 19 de junio de 1990 (Factortame y otros. Asunto C-213/89). En el asunto Simmenthal, el Tribunal de Justicia declaró que “*en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros (...), de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional*” (apartado 17). En la misma sentencia el Tribunal de Justicia consideró “*que los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, (...); que, por consiguiente, serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar éste la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias*” (apartados 21 y 22).

⁶⁶ En relación al principio de eficacia directa de las directivas y sus especificidades, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (Asunto 41/74), en la cual el Tribunal abordó por primera vez la eficacia directa de las directivas. Véanse, también, las sentencias del mismo Tribunal dictadas en los asuntos Ratti, de 5 de abril de 1979 (148/78), y Ursula Becker, de 19 de enero de 1982 (8/81), en las que se sistematiza la doctrina del efecto directo en lo relativo a las directivas. De este modo, la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia establece que la directiva posee un efecto directo vertical cuando expira su plazo de transposición, bien porque el Estado no haya realizado la obligada trasposición, o bien porque la adaptación de la directiva se haya realizado de forma deficiente o insuficiente. Es decir, que el texto de la directiva es alegable por los particulares ante los tribunales contra los Estados que hayan incumplido su obligación de trasponer correctamente la directiva en los plazos previstos, siempre y cuando, el texto de la norma invocada sea incondicional y suficientemente preciso como para conferir un derecho a favor de un particular que éste pueda invocar. Fíjense que el efecto directo de las directivas se predica respecto de las relaciones verticales (Estado - particulares), sin embargo, la directiva no tiene un efecto directo horizontal y, por tanto, los particulares no pueden alegar el texto contra otros particulares ante los tribunales.

atendiendo al criterio de contributividad, la base reguladora de la prestación se fijaba en 225,87 euros mensuales⁶⁷, correspondiente al salario percibido en función de las horas efectivamente trabajadas. Por tanto, la prestación, resultado de aplicar el 62% a la base reguladora de 225,87 euros, era de 140,04 euros al mes. Obsérvese la decisión del juez, derivada de la interpretación que este hace de la Sentencia del Tribunal de Justicia en relación con la aplicación de la *pro rata temporis*, el cual entiende que, para no volver a incurrir en discriminación, se debe determinar el porcentaje en función del período natural en que se ha estado en situación de alta. Esta decisión, que no se verá reflejada en la reforma que posteriormente sufrirá la DA 7ª de la LGSS, sustenta nuestra posición sobre la falta de adecuación de la múltiple aplicación de la *pro rata temporis* en el cálculo de la prestación de jubilación.

V. La STC 61/2013 y la aprobación del Real Decreto-Ley 11/2013.

Respecto de la constitucionalidad de la controvertida regla segunda del apartado primero de la DA 7 de la LGSS (en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 15/1998) se pronunció finalmente el TC en Pleno en su Sentencia 61/2013⁶⁸, de 14 de marzo, como respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5862/2003 planteada por el Juzgado Superior de Justicia de Galicia. En este caso, la demandante en el litigio principal era una mujer de 68 años a la que el INSS denegó la prestación de jubilación por no reunir el período mínimo de cotización de 15 años exigido para causar derecho a ella. La actora acreditaba más de 18 años trabajados, pero, igual que en el asunto Elbal Moreno, la aplicación de la DA 7ª a los 11 años que había trabajado con una jornada del 18,4% de la habitual, impedía que esta reuniera el suficiente período de cotización exigido para causar derecho a la pensión.

Para el desarrollo de su exposición, el TC remitió a lo expuesto en su sentencia 253/2004 sobre el antiguo artículo 12.4 ET, en referencia a la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones. Tal como se ha explicado en el apartado de antecedentes del Coeficiente Global de Parcialidad, este criterio fue declarado inconstitucional por encontrarse desprovisto de una justificación razonable que guardara la

⁶⁷ Importe que resulta del cociente de dividir por 210, las bases de cotización de la Sra. Elbal Moreno durante los 180 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produjo el hecho causante, en virtud del apartado a) de la regla tercera del apartado primero de la DA 7ª LGSS, el cual remite a la norma general contenida en el art. 162 de la misma ley vigente en el momento del hecho causante.

⁶⁸ BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013

debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Pues bien, tampoco el factor corrector atenuante de la proporcionalidad estricta incorporado por el RD 15/1998 superó el canon de enjuiciamiento sentado por la doctrina jurisprudencial del propio TC en relación al art. 14 CE, por cuanto *“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”* (FJ 6). Según razona el TC, *“la regla correctora, en definitiva, supone reconocer a los trabajadores a tiempo parcial un plus de medio día cotizado por cada día teórico de cotización calculado conforme al criterio de proporcionalidad estricto, con independencia de la duración mayor o menor de jornada o del período más o menos amplio acreditado a tiempo parcial...”*(FJ 6). Por tanto, según el TC, era cierto que la regla atenuaba los efectos de la proporcionalidad estricta, pero solamente a aquellas personas que hubieran realizado jornadas de parcialidad elevada o hubieran estado sujetas a contratos de tiempo parcial durante breves períodos de tiempo.

El TC también realiza el análisis de la vulneración del art. 14 CE desde la óptica de la discriminación indirecta por razón de sexo. Para ello, el Alto Tribunal se apoya en su propia doctrina elaborada conforme a la jurisprudencia comunitaria. El TC desarrolla, igual que hizo el TJUE en el asunto Elbal Moreno, y él mismo en su sentencia 253/2004, el análisis de los elementos que conforman la existencia de discriminación indirecta por razón de género (tratamiento formalmente neutro; que comporte un impacto adverso a los trabajadores de un determinado sexo; que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social), para acabar, finalmente, constatándola.

De este modo, el TC, vinculado tanto por su STC 253/2004, como por la STJUE de 22 de noviembre de 2012⁶⁹, declaró inconstitucional y nula la regla segunda del apartado primero de la DA 7 de la LGSS, tras considerar que su aplicación comportaba una vulneración del artículo 14 de la CE en sus dos vertientes: Desde la primera, la norma no superaba el juicio de proporcionalidad exigido para que las diferencias de trato sean constitucionalmente aceptadas;

⁶⁹ Nótese que respecto de la vinculación del pronunciamiento del TJUE en el asunto Elbal Moreno, el TC le otorga el carácter de “relevante” por cuanto se refiere a los “mismos elementos normativos”. Sin embargo, el TC trae a colación su jurisprudencia al respecto (STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 2; o SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4) y advierte que el *“Derecho de la UE no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, (...)”* (FJ 5).

desde la segunda, la norma vulneraba el art. 14 CE desde la perspectiva del derecho a la no discriminación, al generar una discriminación indirecta por razón de sexo.

Como consecuencia de la tacha de inconstitucionalidad hallada en la regla segunda del apartado primero de la DA 7 de la LGSS, el fallo de la STC 61/2013 provoca un vacío en nuestro ordenamiento jurídico que el Gobierno español se encargará de cubrir del modo que se explica en el apartado siguiente.

VI. El Coeficiente Global de Parcialidad.

Con la entrada en vigor 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 social⁷⁰, se cubrió la laguna provocada por el fallo del TC mediante el establecimiento de una nueva regla de cálculo, el llamado Coeficiente Global de Parcialidad (en adelante, CGP). La norma fue recogida posteriormente en la Ley 1/2014, de 28 de febrero⁷¹.

A través del artículo 5 del citado Real Decreto-Ley se modifica la DA 7ª de la LGSS, en concreto, se da una nueva redacción a la controvertida regla segunda del apartado 1 y al párrafo c) de la regla tercera del mismo apartado, el cual dispone la forma en la que se determina el porcentaje a aplicar a la base reguladora para la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

Con la introducción del CGP se pretende eliminar la discriminación oculta tras la DA 7ª, garantizando a las personas contratadas a tiempo parcial un régimen jurídico de sus prestaciones respetuoso con los principios de igualdad y proporcionalidad, sin que eso afecte, por supuesto, y tal como se prevé en la Exposición de Motivos de la propia norma, al mantenimiento de esos mismos derechos para las contratadas a tiempo completo. Para ello, la aplicación de la nueva regla comporta la exigencia de un número de días cotizados diferente al establecido con carácter general, determinados en función de la situación de parcialidad.

⁷⁰ En referencia a las “otras medidas urgentes en el orden económico y social” a las que se refiere el título del RD 11/2013, véase: SEMPERE, A.V. (2013) “Examen del RD. Ley 11/2013, de 2 de agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2013, parte Tribuna. ISSN: 1889-4380.

⁷¹ BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2014.

El cálculo del nuevo período de carencia⁷² que le va a ser requerido a la persona solicitante de la prestación de jubilación comporta tres pasos diferenciados:

El primero consiste en convertir los días naturales en situación de alta o asimilada a días acreditados como efectivamente cotizados, aplicando a los primeros el coeficiente de parcialidad que corresponda. El coeficiente de parcialidad representa la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un “trabajador a tiempo completo comparable”.

Con el segundo paso se obtiene el CGP, que será el resultado de dividir los días que han quedado acreditados como cotizados en el paso anterior entre el total de días que el trabajador ha estado en situación de alta o asimilada durante toda su vida laboral.

Por último, se aplica el CGP al período mínimo de cotización exigido con carácter general. El mismo CGP operará sobre el período exigido para cumplir la carencia específica⁷³. De esta manera queda definido el número de días de cotización efectiva que se requerirán al sujeto causante para acceder a la prestación de vejez contributiva.

Así, a una persona que a lo largo de su vida laboral hubiera cotizado un total de 5.504 días con una jornada del 50% de la habitual se le computarían como acreditados 2.752 días (50% de 5.504). Resultando, por tanto, un CGP de 0.5 (= 2.752/5.504). Teniendo en cuenta que el período mínimo exigido con carácter general para causar derecho a la prestación es de 5475 días (art. 161.1.b) LGSS), finalmente se le requeriría una carencia genérica de 2.737 (= 5475 x 0.5).

Por lo que respecta a la modificación del párrafo c) de la regla tercera del apartado 1 de la DA 7ª LGSS, se establece que para la obtención del porcentaje aplicable a la base reguladora, se aplicará el factor corrector del 1.5 a los días acreditados como efectivamente cotizados a tiempo parcial, limitando tal resultado al período en que se haya estado en alta en este régimen. Al número de días que resulte se sumará, cuando sea el caso, el número de días cotizados a tiempo completo. La norma remite para la determinación del porcentaje a la escala

⁷² Véase: MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2013). *Nota informativa sobre las modificaciones en materia de protección de los trabajadores a tiempo parcial, introducidas por 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*, de 5 de agosto. Texto disponible en: http://www.graduados-sociales.com/f_circulares/INSS_tiempo_parcial.pdf (última consulta 7/05/2015).

⁷³ De acuerdo con el art. 161.1 LGSS vigente, esta consiste en acreditar al menos 2 años cotizados dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

general a la que se refiere el art. 163.1 y la Disposición transitoria 21 de la LGSS, cuando el/la interesado/a acredite el período mínimo exigido con carácter general. Como novedad, se prevé la posibilidad de determinar un porcentaje inferior al 50% de la base reguladora para el caso de aquellas personas que accedan a la prestación sin acreditar el período mínimo de 15 años exigido con carácter general. Para ello, se determinará el porcentaje de la forma que se expone a continuación.

Siguiendo con el ejemplo anterior, a la solicitante de la prestación se le fijaría el porcentaje que corresponda por un período trabajado de 4.128 días ($= 2.752 \times 1.5$). Aquí, se debe señalar que, siendo el período mínimo de cotización exigido de 5.475 días, a la persona de nuestro ejemplo no se le podrá aplicar la escala general, sino que el porcentaje a aplicar a la base reguladora se le determinará de acuerdo con la previsión contenida en el párrafo tercero de la letra c) de la regla tercera. Según la citada disposición, *“el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años”*, con lo que el porcentaje resultante de esta operación es de 37.70 % ($= (4.128 / 5475) \times 50$). Nótese, que si la modificación de la D.A. 7ª otorgada por el R.D. Ley 11/2013 no se hubiera apartado de la interpretación del criterio del TJUE que el Magistrado Joan Agustí Maragall reflejó en la resolución del litigio principal en el caso Elbal, el porcentaje a aplicar en este ejemplo sería del 50% por aplicación de la tabla general (si se atendiera al período natural de 5.504 días, en lugar de los 4.128 días computados por aplicación de la regla tercera del apartado 1 de la D.A. 7ª).

VII. Conclusiones: Reflexión acerca de la actual D.A. 7ª de la LGSS.

En todo lo estudiado hasta este punto puede observarse cómo la duda entorno a la existencia de discriminación por razón de sexo se ha suscitado, en todo momento, respecto de la forma en la que se determina el período efectivamente cotizado a efectos de acreditar la carencia exigida. Más concretamente, el debate se ha centrado en la vulneración del principio de no discriminación que comportaba la aplicación de la regla segunda del apartado 1 de la DA 7ª de la LGSS, al dificultar de manera desproporcionada el acceso a la prestación de jubilación a aquellas personas que hubieran trabajado a tiempo parcial. Recordemos cómo la aplicación de la citada regla en el caso de la Sra. Elbal Moreno implicaba, en la práctica, la exigencia de haber trabajado un período de 100 años para tener derecho al cobro de la jubilación. El conflicto pivotaba en todo momento entorno a una doble aplicación de la *pro rata temporis*

en el régimen jurídico de la prestación, esto es: a) en el cálculo de la base reguladora de la pensión, y, b) en el cómputo de los días acreditados como cotizados a efectos de carencia.

Justificada la disminución de la cuantía de la base reguladora por la aplicación del principio de contributividad que inspira el Sistema de Seguridad Social (de acuerdo con el establecimiento de la “cadena de correspondencias renta profesional-cotización-prestación”⁷⁴), el punto controvertido era la aplicación del principio de proporcionalidad, por segunda vez, en el cómputo de los días acreditados como cotizados para poder cumplir el requisito de carencia para causar derecho a la prestación.

Parece que con las modificaciones incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto-Ley 11/2013 se ha refinado el concepto de proporcionalidad aplicado en el anterior sistema de cálculo para el cómputo del período cotizado a efectos de la carencia exigida. Tal como se ha avanzado en el apartado anterior, la introducción del CGP ha comportado que el número de días exigidos para causar derecho a la prestación sea diferente al establecido con carácter general, determinándose ahora en función de la situación de parcialidad del trabajador.

Sin embargo, en nuestra opinión, la DA 7ª sigue ocultando un resultado discriminatorio por cuanto el controvertido régimen jurídico en ella contenido con anterioridad a la estudiada reforma, no comportaba una doble aplicación de la *pro rata temporis*, sino triple, esto es, (c) en la determinación del porcentaje a aplicar a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión. Así, incluso si aceptáramos que el CGP elimina toda tacha de inconstitucionalidad en las normas de acceso a la prestación, la aplicación de la DA 7ª continúa situando a aquellas personas que hayan trabajado a tiempo parcial en una posición desfavorecedora respecto de aquellas que no hayan trabajado nunca en ese régimen, tal como analizaremos a continuación.

Con carácter general, el importe de la pensión de jubilación se obtiene por la aplicación de un porcentaje⁷⁵ (determinado en función de los años cotizados) a la base reguladora⁷⁶

⁷⁴ ALARCON, M.R.(1998). “La reforma del sistema... *op. cit.* pp. 30.

⁷⁵ Según dispone el art. 163.1 de la LGSS, “[l]a cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, se determinará aplicando a la base reguladora, calculada conforme a lo dispuesto en el artículo precedente, los porcentajes siguientes: 1.º Por los primeros 15 años cotizados: el 50 por 100; 2.º A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19 por 100, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18 por 100, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente.” En este punto es

(determinada en función de las bases de cotización). Sin embargo, por aplicación de la letra c) de la regla tercera del apartado primero de la misma DA 7ª, el número de días cotizados a tiempo parcial será determinado, por tercera vez, en función de la parcialidad de la jornada. He aquí la tercera aplicación de la *prorrata temporis* que, a nuestro juicio, no encuentra justificación. Como se ha expuesto en el apartado anterior, el cálculo del período que quedará finalmente acreditado como cotizado a efectos de determinar el porcentaje a aplicar, será el resultado de aplicar el factor corrector de 1.5 al número de días que se consideran efectivamente cotizados. Recordemos, que para el cómputo de estos días, “el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial”⁷⁷. Así, a las personas que hayan trabajado a tiempo parcial el porcentaje a aplicar a la base reguladora les quedará determinado en función del período cotizado (igual que a las que lo hayan hecho a tiempo completo), pero habiendo reducido este período en la misma proporción que la parcialidad de su jornada. La cuestión que se plantea es: *¿Cabe aplicar otra vez la prorrata temporis en el cálculo de la pensión de jubilación con el correspondiente resultado que de ello se deriva?* De la aplicación de la DA 7ª de la LGSS resulta que el nivel de protección que se otorga a una persona que haya trabajado a tiempo parcial en el momento de su retiro es menor al de una persona que lo haya hecho a tiempo completo, puesto que para su determinación se ha aplicado el principio de proporcionalidad en múltiples ocasiones.

La justificación aportada por el legislador respecto la aplicación del criterio de proporcionalidad en las medidas que adopta en relación a nuestro sistema de pensiones contributivas la encontramos en la Exposición de Motivos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social⁷⁸(LCR). Según la referida Exposición de Motivos con ello se pretende “[l]a introducción de mayores elementos de contribución y proporcionalidad en el acceso y determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación, a fin de que las prestaciones económicas sean reflejo del esfuerzo de

importante tener en cuenta las normas transitorias contenidas en la D.T. 21ª LGSS, en su redacción otorgada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

⁷⁶ De acuerdo con el art. 162.1 de la LGSS “La base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350, las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.” En este punto es importante tener en cuenta las normas transitorias contenidas en la D.T. 5ª LGSS, en su redacción otorgada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

⁷⁷ Segundo párrafo de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la D.A. 7ª de la LGSS.

⁷⁸ BOE núm. 169, de 16 de julio de 1997. Cabe señalar que la citada Ley es la primera en recoger las medidas contenidas en el Pacto de Toledo.

cotización realizado previamente, se posibilite una mayor equidad en las pensiones, en el sentido de que quienes hayan realizado unas cotizaciones semejantes obtengan también un nivel de prestaciones similar y se produzca una mayor coordinación entre las prestaciones”. En la misma línea, la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 11/2013 especifica que la norma recoge “una fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial. El objetivo es, por tanto, evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe.” También el Fiscal General del Estado, en sus alegaciones en el proceso que dio lugar a la STC 253/2004, afirmó que “la exigencia de igual período de carencia podría incluso determinar una discriminación del trabajador a tiempo completo al exigírsele el doble de horas trabajadas en su comparación con el trabajador a tiempo parcial”.

Sin embargo, no debemos olvidar que nuestro sistema de pensiones está basado, entre otros, en el principio de solidaridad. De hecho, la propia Exposición de Motivos de la recién referida LCR indicaba que los principios inspiradores de las medidas en ella contenidas fueron “que la contributividad, equidad y la solidaridad, como elementos configuradores de nuestro sistema de protección social, fueran reforzados”. Así, si la solidaridad “se produce cuando las situaciones de necesidad de un sujeto son atendidas no en base a su propio esfuerzo contributivo anterior sino a la aportación —solidaria, precisamente— de otras personas”⁷⁹, a nuestro entender, el principio de solidaridad es una de las notas que diferencia nuestro sistema de Seguridad Social basado en un modelo de reparto, del sistema de capitalización que caracteriza los seguros privados. Sin embargo, el hecho de que el legislador tienda a alcanzar “la máxima proporcionalidad posible entre el esfuerzo de cotización y la pensión que se va a obtener. Parece, pues, que ello nada tiene que ver con la solidaridad.”⁸⁰

Tal como se ha señalado, en nuestra opinión, la proporcionalidad entre el esfuerzo realizado y la prestación percibida queda cumplida con la determinación del cálculo de la base reguladora de la prestación, así como en la fijación del porcentaje a aplicar, de igual modo con el que se

⁷⁹ ALARCON, M.R.(1998). “La reforma del sistema... *op. cit.* pp. 26.

⁸⁰ ALARCON, M.R.(1998). “La reforma del sistema... *op. cit.* pp. 26. Alarcón desarrolla en este artículo la tesis, que firmemente apoyamos, consistente en que “*prima facie, se puede afirmar que pretender simultáneamente reforzar la contributividad y la solidaridad de un sistema de protección social significa tanto como perseguir objetivos contradictorios entre sí, es decir, una misión destinada al fracaso*”. También aludió ALARCON, M.R a esta incompatibilidad entre los principios de organización del sistema público de pensiones proclamados en el propio Pacto de Toledo, en la ponencia realizada a propósito del IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A este respecto, véase: ALARCÓN, M.R. y GONZÁLEZ, S. (1999). “Los principios de organización de las pensiones públicas”. En: VV.AA. *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*. Parte 1. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999. pp. 139. ISBN: 84-7434-994-X.

opera con carácter general. Además, a propósito de la proporcionalidad aducida por el legislador, *¿qué pasa con aquellas personas que, aun trabajando un número de horas inferior a otra persona a tiempo completo comparable, coticen por un base económicamente superior?*⁸¹. O, en el mismo orden de consideraciones, *“¿[a]caso se exige o aplica regla de proporcionalidad alguna respecto de un trabajador a tiempo completo comparable cuya jornada anual convencional es inferior a la jornada máxima legal?”*⁸². A este respecto, no cabe obviar tampoco que en materia de desempleo se rompe la regla de la proporcionalidad, pues computa como cotizado el período natural durante el que la persona que causa derecho a la prestación ha estado en situación de alta o asimilada, con independencia de la duración de la jornada trabajada.⁸³

Por último, respecto a la previsión de utilizar el coeficiente del 1.5 como atenuante del criterio de proporcionalidad estricta, cabe recordar que, como advirtió el TC en su Sentencia 61/2013, "su virtualidad como elemento de corrección es limitada". En el mismo sentido, el TJUE en la resolución del caso de Elbal Moreno, señaló al respecto que “no consta que las medidas correctoras tengan el menor efecto positivo en la situación de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal”.

Como elemento en que sustentar nuestra posición sobre la improcedencia de la tercera aplicación de la *prorrata temporis*, tal como se ha señalado en su momento, nos acogemos al fallo contenido en la Sentencia 517/2012 del Juzgado de lo Social de Barcelona que resolvió la demanda interpuesta por la Sra. Elbal Moreno contra el INSS. De acuerdo con el criterio del citado Juzgado, establecido en congruencia con la STJUE que resolvió las dudas

⁸¹ Son varios los autores que, al entrar a analizar el sentido de la proporcionalidad otorgada por la actual DA 7ª de la LGSS, se plantean la misma reflexión. Véase, por ejemplo: LLORENTE, A. i DEL VALLE, J.I. (2013). “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial... *op. cit.* pp. 9. Al hilo de esta consideración, nos parece interesante la propuesta de reforma que se expone en el citado artículo como alternativa a la actual regulación, de acuerdo con la cual “*debería analizarse si el concepto de trabajador a tiempo parcial utilizado en el ámbito laboral ha de ser trasladado, sin más, al ámbito de la Seguridad Social (...). Por ejemplo, entre otros, podría definirse el trabajo a tiempo parcial en relación con una base de cotización promedio u ordinaria, base que se determinaría en relación a una concreta actividad o bien en relación a una base de cotización promedio fijada globalmente*”. Con la introducción de esta propuesta alternativa “*el establecimiento de un concepto propio de trabajador a tiempo parcial en el ámbito de la Seguridad Social debería llevar a establecer unos mecanismos propios de cotización de estos trabajadores, mecanismos que no tienen que ajustarse, miméticamente, a los existentes para los trabajadores a tiempo completo*”. LLORENTE, A. i DEL VALLE, J.I. (2013). “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial... *op. cit.* pp. 11-12

⁸² GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, M.A. (2013). “Trabajo a tiempo parcial y acceso... *op. cit.* pp. 258.

⁸³ Título III de la LGSS y normas de desarrollo (R.D. 625/1985, de 2 de abril). Véase: GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, M.A. (2013). “Trabajo a tiempo parcial y acceso... *op. cit.* pp. 248.

prejudiciales ante él planteadas, el porcentaje a aplicar se determinó en función del período natural en que la demandante estuvo en situación de alta o asimilada.

Por todo lo anterior, debemos plantearnos *¿qué justifica entonces el volver a penalizar a las personas que han desarrollado su prestación de servicios en un régimen de jornada parcial?* No olvidemos que este colectivo se encuentra sobre-representado por mujeres, en una realidad en la que las mujeres ya deben soportar un nivel más elevado de riesgo de exclusión social en su época de retiro⁸⁴. Además, a mayor abundamiento, a aquellas que hayan trabajado a tiempo parcial se las protegerá en menor medida que a aquellas personas que hayan podido desarrollar su carrera laboral en un régimen de jornada completa. Y usamos el término “podido” porque recordemos la falta de voluntariedad en las razones que llevan a desarrollar este tipo de jornada laboral.

Por último, consideramos imprescindible poner de manifiesto el incumplimiento del mandato de garantía constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que pueden generar los constantes cambios normativos que viene sufriendo la D.A. 7^a⁸⁵. A nuestro entender, las sucesivas reformas de la norma, así como la dificultad asociada al conocimiento del concreto período de cotización que va a ser exigido en el momento de solicitar la prestación, sitúan *de*

⁸⁴ “La estructura general de los planes de pensiones contributivas de los Estados miembros refleja las diferencias en los ingresos y en el empleo entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, lo cual muestra las menores oportunidades existentes para las mujeres para acumular derechos de pensión completa y acarrea como consecuencia unas pensiones insatisfactorias para las mujeres. La diferencia de género en los ingresos relativos de las personas de 65 años y de mayor edad (en relación con el grupo de edad entre 0 y 64 años) varía entre 2 y 15 puntos porcentuales entre los Estados miembros, pero la actual brecha en los derechos de pensiones de hombres y mujeres es en promedio aún mayor, lo cual conduce a una mayor situación de riesgo de pobreza para las mujeres de edad avanzada en comparación con los hombres”. DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, ASUNTOS SOCIALES E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (2008). *Manual para la perspectiva de género en las políticas de empleo, de inclusión social y de protección social*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2008. ISBN: 978-92-79-09267-1. pp. 39. Cabe señalar que en el referido manual se advierte sobre la necesidad de tomar en cuenta el trabajo a tiempo parcial, debido a las obligaciones de cuidado, a la hora de abordar las desigualdades de género en los ingresos relacionados con los sistemas de pensiones de los Estados miembros.

⁸⁵ A propósito de este principio constitucional, el TC, en su STC 27/1981, de 20 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981), manifestó que la seguridad jurídica es “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad” (FJ 9). Y, en el mismo sentido, la STC 46/1990, de 15 de marzo (BOE núm. 85, de 9 de abril de 1990), se refiere a este principio en estos términos: “la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no ... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas” (FJ 4).

facto a la persona que haya trabajado a tiempo parcial en una situación de incertidumbre respecto a su derecho al cobro de la prestación de jubilación. Así, si la verdadera voluntad del legislador es potenciar el trabajo a tiempo parcial como medida de fomento del empleo⁸⁶, a nuestro juicio, es necesario establecer un régimen de la prestación asociada a esta modalidad contractual que dé garantía a los derechos de las/los trabajadoras/es.

Todo lo estudiado en el presente trabajo nos lleva a concluir que es preciso reformular el régimen jurídico de la prestación de jubilación en su modalidad contributiva para los contratos a tiempo parcial o, lo que es lo mismo, modificar en profundidad la D.A. 7ª de la LGSS (o, al menos, las reglas para el cómputo de los períodos acreditados como efectivamente cotizados contenidas en el apartado 1 de la citada disposición), erradicando toda discriminación por razón de sexo oculta tras su redacción, en aras de conseguir un mejor equilibrio e igualdad entre la posición social y económica en la que se encuentren las mujeres y los hombres durante su época de retiro.

VIII. Bibliografía

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2010). *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de Unión Europea, 2011. ISBN: 978-92-871-9986-7.
- ALARCÓN, M.R. (1997). “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”. En: CRUZ, J. (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997. pp. 19-32. ISBN: 84-8193-477-1.
- ALARCÓN, M.R. (1998). “La reforma del sistema de pensiones en España”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 12, pp. 21-33. ISSN: 1131-8635.

⁸⁶ “En este sentido, expresamente se asigna a esta modalidad contractual tal finalidad en la Exposición de Motivos de la Ley 10/1994 (LMUFO): ‘2... la presente norma tiene por finalidad: c) Convertir el trabajo a tiempo parcial, tal como ocurre en los países de nuestro entorno, en factor que favorezca el incremento de las tasas de ocupación...’. GARCÍA ORTEGA, J. “Adaptación de la Seguridad Social contributiva al trabajo a tiempo parcial”. *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, pp. 71. ISSN: 1130-7331. También en el ámbito europeo se ha pretendido potenciar la creación de empleo mediante una organización más flexible del trabajo, tal como se desprende del considerando quinto de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES: “Considerando que las conclusiones del Consejo Europeo de Essen destacaron la necesidad de adoptar medidas para promover el empleo y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y llamaron a adoptar medidas tendentes a un aumento de la intensidad de creación de empleo del crecimiento, en particular mediante una organización más flexible del trabajo, que corresponda a los deseos de los trabajadores y a los requisitos de la competencia”.

- ALARCÓN, M.R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1999. ISBN: 84-8410-316-1.
- ALARCÓN, M.R. y GONZÁLEZ, S. (1999). “Los principios de organización de las pensiones públicas”. En: VV.AA. *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*. Parte 1. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999. pp. 131-272. ISBN: 84-7434-994-X.
- CARUSO, B. (1997). “La aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato”. En: CRUZ, J. (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997. pp. 83-96. ISBN: 84-8193-477-1.
- CASTILLA, E.J. (2010). “Mérito y discriminación dentro de las organizaciones: diferencias en la evaluación del desempeño y retribución de empleados/as según género y origen étnico”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 129, pp. 61-105. ISSN-L: 0210-5233.
- DE LA VILLA, P. (2001). “Las tres “Cartas” Europeas sobre derechos sociales”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, pp. 273-311. ISSN: 1137-5868.
- DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, ASUNTOS SOCIALES E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (2008). *Manual para la perspectiva de género en las políticas de empleo, de inclusión social y de protección social*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2008. ISBN: 978-92-79-09267-1.
- GARCÍA, J. “Adaptación de la Seguridad Social contributiva al trabajo a tiempo parcial”. *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, pp. 71-87. ISSN: 1130-7331.
- GARCÍA, J.I. y VICENTE, M.A. (2013). “Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social; el caso Elbal Moreno”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, pp. 241-270. ISSN: 1137-5868.
- GONZÁLEZ, P. (1992). “El diferencial de ingresos entre hombres y mujeres: teoría, evidencia e implicaciones de política”. *Colección estudios Cieplan*, núm. 34, pp. 101-152.
- GONZÁLEZ-POSADA, E. y ROBLES, H. (2007). *Los aspectos laborales de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2007. ISBN: 978-84-8355-278-0.

- LLORENTE, A. y DEL VALLE, J.I. (2013). “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: jurisprudencia reciente y alternativas de reforma”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2013, parte Informes. ISSN: 1889-4380.
- MANGAS, A. (2008). “Artículo 23. Igualdad entre hombres y mujeres”. En: MANGAS, A. (Dir.). *Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Ed. Fundación BBVA, 2008. pp. 414-440. ISBN: 978-84-96515-80-2.
- MATÉ, J.J.; NAVA, L.A; y RODRÍGUEZ, J.C. (2002). “La segregación ocupacional por razón de sexo en la economía española, 1994-1999”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 36, pp. 79-94. ISSN: 1137-5868.
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2013). *Nota informativa sobre las modificaciones en materia de protección de los trabajadores a tiempo parcial, introducidas por 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*, de 5 de agosto. Texto disponible en: http://www.graduados-sociales.com/f_circulares/INSS_tiempo_parcial.pdf (última consulta 7/05/2015).
- NEUMARK, D, J. BANK, R. y D. VAN, K (1995). *Sex discrimination in restaurant hiring: an audit study*. Cambridge: National Bureau of Economic Research. Working paper, no. 5024.
- SCHULZE, E. (2014). *La igualdad entre el hombre y la mujer*. (Fichas técnicas sobre la Unión Europea, núm. 15). Texto disponible en: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.10.8.pdf (última consulta 3/05/2015).
- SEMPERE, A.V. (2013) “Examen del R.D. Ley 11/2013, de 2 de agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2013, parte Tribuna. ISSN: 1889-4380.
- SENDEN, L. (1997). “La igualdad salarial en la legislación comunitaria”. En: CRUZ, J. (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1997. pp. 135-152. ISBN: 84-8193-477-1.
- TOROLLO, F.J. (1994). “La duración de la jornada de trabajo y las pensiones contributivas de la Seguridad Social”. *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 65. pp. 467-480. ISSN: 0212-6095.