

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA, DISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE GÉNERO

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

*Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

EXTRACTO

Palabras Clave: Seguridad Social, Jubilación Parcial

El régimen jurídico de la jubilación parcial anticipada fue ampliamente reformado por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, para endurecer los requisitos de acceso a la misma, aunque de forma paulatina, gradual y progresiva durante un período transitorio de seis años. El acceso a esta modalidad de jubilación había experimentado un significativo incremento en los últimos años, por el aliciente de su utilización para empresas y trabajadores frente a la siempre más gravosa jubilación anticipada propiamente dicha. En la jubilación parcial anticipada, el coste repercute en las arcas de la Seguridad Social.

La nueva regulación reserva la posibilidad de acceder a la jubilación parcial anticipada a los “trabajadores a tiempo completo” que reúnan determinados requisitos de edad, antigüedad, reducción de la jornada de trabajo y cotización, si, además, se celebra un contrato de relevo con otro trabajador en determinadas condiciones. Esa reserva a los “trabajadores a tiempo completo” debe considerarse claramente discriminatoria por razón de género a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y también del Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

Key words: Social Security, Partial and Early Retirement

During a transitory six-year period, the Judicial Social Security regime has been reformed gradually and progressively as regards the Social Security System to restrict pre-requisites for partial retirement access. The access to this type of retirement has been increased in the past years, because presented a benefit for workers and companies compared to the usual and more expensive early retirement. The Social Security Funding system assumes the related cost to partial and early retirement.

The new regulation offers the possibility of access to partial or early retirement for those “full time workers” that meet certain requisites such as age, seniority, work reduction, and that have paid national insurance, and if apart from this, is definitely granted if a new worker is hired under the same conditions. This benefit for “full time workers” should be considered as a discriminatory measure under the judicial regime of The Court of Justice of the European Communities and under the Constitutional Cour.

ÍNDICE

1. EL FUNDAMENTO DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN MATERIA DE JUBILACIÓN POR LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
2. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
3. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO Y JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA

1. EL FUNDAMENTO DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN MATERIA DE JUBILACIÓN POR LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL*

Mediante la Ley de medidas en materia de Seguridad Social¹, se procede a dar soporte normativo a una parte importante de los compromisos incluidos en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito con el respaldo de los interlocutores sociales². Una de las instituciones reformadas más drásticamente ha sido la jubilación parcial anticipada en lo que se refiere a los requisitos exigidos para el acceso a la misma.

El problema del envejecimiento demográfico y el vuelco de la pirámide poblacional son cruciales para entender el conjunto de políticas sociolaborales que se establecen respecto de las personas de edad avanzada³. Tal vuelco viene propiciado tanto por la disminución de la población en edad laboral como por el fuerte incremento de la esperanza de vida de las personas mayores.

En este sentido, la disminución de la tasa de natalidad –el llamado “*baby crash*”, con un promedio en la actualidad de 1,5 hijos por mujer en el ámbito de la Unión Europea⁴, 1,3 en España–, se reflejará pronto en una considerable disminución de la población en edad de trabajar, aunque, en cierta medida, se verá compensada con el incremento del empleo femenino por la incorporación de la mujer masivamente al mercado laboral. Por otra parte, también se dejará notar un significativo incremento de las personas de edad avanzada, propiciado no sólo por la decreciente mortalidad y el mejor nivel de sanidad, asistencia e

* Este artículo se enmarca en los resultados científicos del proyecto titulado “La relevancia de la edad en las relaciones laborales y de Seguridad Social”, con número de referencia SEJ2006–15174–C03–01, incluido en el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2006–2009, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

¹ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, publicada en el BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007.

² Suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME.

³ Comunicación de la Comisión *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad* –COM (2006) 571 final–.

⁴ Muy por debajo de la tasa de sustitución de 2,1 necesaria, si no se computa la inmigración, para garantizar la estabilidad de la pirámide poblacional.

higiene, que favorecen una continua ampliación de la longevidad o expectativa de vida de las personas⁵, sino también por la entrada en la vejez de las generaciones del “baby boom”⁶, que caracterizó los años de la postguerra. En concreto, el momento en el que las generaciones del “baby boom” –con edades ahora en la población europea entre 45 y 65 años– pasen a ser personas de edad y alcancen progresivamente la edad de jubilación, que provocará un incremento muy significativo de la proporción de personas de edad avanzada que deberán recibir protección social de una población en edad de trabajar reducida, con los problemas en términos de financiación de las jubilaciones que ello puede plantear⁷. Este fenómeno se padecerá en España con un retraso de más de diez años, por el correspondiente retraso del boom de la natalidad, por lo que podrán contrastarse experiencias de otros Estados de nuestro entorno e incluso trasladar a España medidas previamente ensayadas y contrastadas en otros Estados que contrarresten los peligros de viabilidad del sistema de Seguridad Social y el peligro de déficit de protección social de los futuros pensionistas.

Un fenómeno que puede contribuir a frenar la inversión de la pirámide poblacional, compensando los efectos de la baja fecundidad y de la prolongación de la duración de la vida, es la creciente entrada de inmigrantes extracomunitarios que acoge Europa. No obstante, sus repercusiones a largo plazo son inciertas, y dependerán, entre otros factores, de su efectiva contribución al incremento de la tasa de natalidad y de las políticas de reagrupación familiar más o menos restrictivas que se adopten.

⁵ Véanse datos en la Comunicación de la Comisión *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad* cit. De “ascenso... imparable” lo califica GARCÍA GIL, M^a.B., *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Aranzadi (Cizur Menor 2006), p. 178, en cuanto que “la edad media de población mundial se está incrementando a razón de cuatro meses por año”. Ello supondría un incremento en catorce años para el año 2050 de la expectativa de vida actual y, por tanto, un incremento espectacular del número de personas que rebasarán las edades de ochenta y noventa años, de modo que muchas de ellas pasarán varias décadas jubiladas. La propia Comunicación de la Comisión *Envejecer mejor en la sociedad de la información* –COM (2007) 332 final– reconoce que la esperanza media de vida ha pasado de 55 años en 1920 a más de 80 en la actualidad y que el grupo de más de 80 años casi se duplicará de aquí a 2050.

⁶ Con esta conocida expresión, surgida tras la Segunda Guerra Mundial, se trata de identificar a las personas nacidas durante el período de mayor auge de natalidad que se dio en Europa en los años de la postguerra –entre 1946 y 1964– y que incrementó, gracias al mayor número de nacimientos, de manera notable su población. Este proceso tuvo en España una media de retraso de más de diez años respecto del resto de los Estados de Europa occidental, pues se produjo entre 1957 y 1977.

⁷ Con la jubilación de la generación del “baby-boom”, el número de personas con edades comprendidas entre 65 y 80 años aumentará en casi un 40% entre 2010 y 2030. Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Envejecer mejor en la sociedad de la información* –COM (2007) 332 final– Bruselas, 14 de junio de 2007.

Ante el riesgo de desequilibrio de las finanzas públicas, que se pronostica en un futuro cercano por el envejecimiento poblacional, especialmente por las pensiones, la sanidad y los servicios asistenciales prestados a personas de edad avanzada⁸, la Unión Europea propone una estrategia global⁹, y define una serie de orientaciones políticas clave para tratar de proporcionar una respuesta constructiva al reto demográfico de las próximas décadas¹⁰. Entre otras recomendaciones, la Comisión Europea hace un llamamiento a la necesidad de reformas adicionales en algunos países para evitar salidas precoces del mercado laboral, incrementar la edad de cese definitivo de actividad, ofrecer a los mayores estímulos financieros para que permanezcan en el mercado laboral y hacer posible que las personas completen sus pensiones de jubilación con pensiones complementarias, garantizando al mismo tiempo un mejor equilibrio entre las prestaciones y las cotizaciones de una persona.

Las modificaciones introducidas en la pensión de jubilación por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social pueden sintetizarse en cuatro aspectos cruciales: exclusión de los días cuota del cómputo del período mínimo de cotización; jubilación anticipada; incremento de la cuantía de la pensión como incentivo a la prolongación voluntaria en el trabajo después de alcanzada la edad de jubilación, incluso con posibilidad de completar pensiones máximas con pensiones complementarias; y jubilación parcial, para aproximar los requisitos de acceso a la jubilación parcial anticipada a los de la jubilación anticipada y, en definitiva, dificultar en gran medida su utilización cuando se

⁸ Según la Comunicación de la Comisión *Envejecer mejor en la sociedad de la información*, cit., “el gasto en pensiones, asistencia sanitaria y cuidados de larga duración aumentarán entre un 4 y un 8% del PIB en los próximos decenios. La ratio entre cotizantes y pensionistas se reducirá de 5:1 a 2:1 para 2050”.

⁹ Véase la Comunicación de la Comisión *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad* cit., que supuso la continuación de la Comunicación *Los valores europeos en un mundo globalizado* y del Libro Verde de la Comisión *Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones* [–COM (2005) 94 final, no publicado en el Diario Oficial–].

¹⁰ En concreto, cinco orientaciones políticas clave: favorecer la renovación demográfica a través de una mejor conciliación entre la vida personal, familiar y laboral; mejorar los sistemas educativos y la formación permanente para conseguir mayores tasas de empleo, incluso para los trabajadores mayores de 55 años, y una vida activa más larga, con participación, en todo caso voluntaria y no obligada, de las personas mayores de 65 años; mejorar la productividad en el trabajo, para poder aprovechar a cualquier edad la competencia, la calidad y la productividad del trabajo y crear nuevos mercados de bienes y servicios para clientes de más edad; desarrollar una política común de inmigración legal y promover una mejor integración de los inmigrantes, para atraer mano de obra exterior cualificada con el fin de colmar las necesidades del mercado laboral; y acometer reformas en el régimen de jubilación para lograr unas finanzas públicas viables, que garanticen una protección social adecuada y la equidad entre las generaciones en los Estados miembros

pretende acceder a ella antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación. Los requisitos de acceso a la jubilación parcial para los trabajadores que han cumplido ya los 65 años de edad no se han endurecido del mismo modo, sino que se mantienen en la línea de facilitar el tránsito gradual del trabajador de la vida activa a la pasiva y el alargamiento de la actividad laboral de los trabajadores de más edad.

2. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La jubilación parcial, en sus dos modalidades de jubilación anticipada y jubilación autónoma, permite compatibilizar trabajo a tiempo parcial y cobro de la pensión de jubilación antes o después de los 65 años, constituyendo cada una de ellas una vertiente de la jubilación parcial, con condiciones y regulaciones propias. Ambas, junto a la jubilación flexible, constituyen excepciones al requisito del cese total en el trabajo para el acceso a la pensión de jubilación contributiva¹¹. La diferencia entre la jubilación parcial y la jubilación flexible la marca la condición de quien va a ser beneficiario de la pensión parcial en el momento de acceso a la misma, según que el beneficiario que vaya a pasar a compatibilizar la pensión con el trabajo a tiempo parcial esté, en el momento en que inicia dicha situación, laboralmente activo –jubilación parcial– o totalmente jubilado –jubilación flexible–. Lo que se consigue con estas figuras es “un híbrido de medio trabajador y medio pensionista”¹², que cobra la parte del salario por la jornada de trabajo que realiza y la parte de la pensión de jubilación correspondiente a la jornada de trabajo que no realiza.

Se considera, así, jubilación parcial la iniciada cuando el trabajador, que está en activo y tiene al menos cumplidos los sesenta años de edad –con la implantación progresiva de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social se exigirán 61 años–, reduce su jornada de trabajo mediante la celebración de un contrato de trabajo a tiempo parcial con su empresa, que se simultanea con el percibo de una pensión de jubilación reducida y, si el jubilado parcial no ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación de 65 años, con la celebración de un contrato de relevo, de conformidad con lo establecido en los arts. 12.6 y 12.7 ET, 166 LGSS y 9 a 18 y disposición adicional primera del Real Decreto, por

¹¹ Art. 160 LGSS.

¹² En palabras de Borrajo Dacruz, E., *Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible*, cit., p. 412.

el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial¹³. Se trata de facilitar la retirada de la vida laboral y el acceso a la jubilación de forma progresiva.

Distinto es el concepto de jubilación flexible en sentido estricto, que es la modalidad de jubilación prevista en los arts. 165.1 párrafo 2º LGSS y 4 y ss. del Real Decreto de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible¹⁴, a la que se puede acceder desde la situación de jubilación total, ordinaria o anticipada, cuando el jubilado celebra un contrato de trabajo a tiempo parcial que puede compatibilizarse con el percibo de la pensión de jubilación proporcionalmente reducida. Se pretende con esta jubilación flexible reintegrar parcialmente a la vida laboral a trabajadores ya jubilados mediante la celebración de contratos a tiempo parcial y la consiguiente reducción de su pensión de jubilación.

La jubilación parcial anticipada, vigente en nuestro ordenamiento desde el año 1984¹⁵, posibilita la jubilación parcial del trabajador antes de que haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación de los 65 años. Pese a su calificación de “anticipada”, hasta la reciente modificación introducida por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, no guardaba más similitud en su regulación con el régimen de las jubilaciones propiamente anticipadas que la posibilidad misma de jubilarse antes de los 65 años. Una de las principales divergencias, que aún se mantiene, es que frente a lo que sucede en las jubilaciones anticipadas propiamente dichas, la cuantía de la futura pensión de jubilación no se resiente, pues no se aplican coeficientes reductores de la cuantía de la pensión. Su creación respondió, principalmente, a la necesidad de crear empleo y distribuir el entonces disponible, sin olvidar tampoco el tránsito paulatino hacia el total cese en el trabajo.

¹³ Art. 9 RD 1131/2002, de 31 de octubre.

¹⁴ RD 1132/2002, de 31 de octubre.

¹⁵ Tras la aprobación de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 4), entre ellos, el art. 12 sobre el contrato a tiempo parcial y el contrato de relevo. Su desarrollo reglamentario, en aquella fecha, se contenía en el RD 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regula el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial (BOE de 9 de noviembre). Sobre la evolución legislativa de estas normas hasta la fecha actual, *vid.*, entre otros, Pedrajas Moreno, A., “Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo”, en AA.VV., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova (Valladolid, 2000), p. 182 ss.; Meso Llamosas, I., *Acerca de la jubilación parcial y las resoluciones judiciales dictadas por el TSJPV*, AS, Westlaw Bib. 748, 2006, pp. 2 ss.; Palomino Saurina, P., *La jubilación parcial tras la Ley 40/2007*, RGDTS, nº 17, 2008, Iustel, pp. 2 ss.

La jubilación parcial autónoma, denominada también diferida o postergada, permite la jubilación parcial de los trabajadores que hayan cumplido ya los 65 años de edad y se enmarca, frente a la anterior, dentro de las medidas tendentes al establecimiento de una jubilación gradual y flexible, iniciadas con el Real Decreto-Ley de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible¹⁶ y consolidadas tras la Ley de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible¹⁷, sobre todo con la finalidad no ya de facilitar la jubilación anticipada como mecanismo de fomento y reparto del empleo sino de incentivar la presencia laboral activa de los ciudadanos más allá de su edad ordinaria de jubilación.

Ambas modalidades de jubilación parcial tienen en común la compatibilidad entre el desarrollo de una actividad laboral y el disfrute de una pensión de jubilación de forma parcial, tanto en lo que se refiere al tiempo de trabajo, como en lo relativo a la percepción de la prestación económica correspondiente. Además, se accede a las mismas desde la situación de laboralmente activo del beneficiario. La continuidad en la prestación de servicios del trabajador exige ineludiblemente en ambos supuestos una novación contractual, para concertar un contrato a tiempo parcial. Las diferencias, además de la edad, atienden, fundamentalmente, a los presupuestos condicionantes de acceso, así como a la exigencia o no de celebración simultánea de un contrato de relevo.

A la jubilación parcial autónoma¹⁸ pueden acceder los trabajadores que hayan cumplido 65 años de edad y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo en un porcentaje comprendido entre un mínimo de un 25% y un máximo de un 75%, ambos referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Para su disfrute, no es necesaria la celebración simultánea por el empresario de un contrato de relevo con otro trabajador para cubrir la jornada que deja libre el jubilado parcial. Por tanto, los requisitos que se exigen son los mismos que para acceder a la jubilación ordinaria¹⁹, excepto el requisito del cese en el trabajo, que sólo ha de ser parcial, y con el único requisito adicional de reducir la jornada de trabajo en el porcentaje que se desee

¹⁶ RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre.

¹⁷ Ley 35/2002, de 12 de julio.

¹⁸ Regulada en el art. 166.1 LGSS.

¹⁹ De acuerdo con lo previsto en los artículos 160 y 161 LGSS estos requisitos son: el requisito general de afiliación y situación de alta o asimilada; y los requisitos específicos de edad –que exige haber cumplido 65 años de edad–, carencia –que requiere tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales al menos dos deben estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho– y cese en el trabajo –que en el caso de la jubilación parcial debe matizarse–.

dentro de los límites indicados. Así las cosas, basta con tener quince años cotizados para acceder a la jubilación parcial autónoma.

Mayores requisitos se exigen, en cambio, para acceder a la jubilación parcial anticipada, especialmente desde la reforma operada por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, aunque su introducción será paulatina, gradual y progresiva durante el período transitorio de los seis años posteriores a la entrada en vigor de la Ley –del 1 de enero de 2008 al 1 de enero de 2014–.

En el ámbito del contrato de trabajo del trabajador que se jubila parcialmente se habían producido en los últimos años significativas modificaciones legislativas, en el marco, hasta la última reforma que parece de signo contrario, de una evidente tendencia a flexibilizar esta relación compleja para convertirla en más atractiva y utilizada. Por un lado, en relación con la edad del trabajador parcialmente jubilado. Si hasta el Real Decreto–Ley de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad²⁰ ésta tenía que ser, como máximo, de tres años inferior a la exigida para tener derecho a pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social, bastó después que fuese, como máximo, cinco años inferior. En principio, la jurisprudencia y la doctrina mantuvieron que la edad a la que se refería el art. 12.6 ET –“que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida”– no era necesariamente la general del art. 161.1 LGSS, sino que también debía considerarse la edad reducida que se aplicaba en determinados sectores específicos por sus condiciones especiales de penosidad, peligrosidad, toxicidad o insalubridad²¹. Esta tesis fue incluso confirmada por el art. 8 del Real Decreto por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el Real Decreto–ley de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad²²: “...a tales efectos, se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan”²³, derogado por el Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Sin embargo, la redacción del art. 166.2 LGSS dada por la de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden

²⁰ RD–ley 15/1998, de 27 de noviembre.

²¹ De acuerdo con la posibilidad de jubilación anticipada con edad rebajada por Real Decreto que, tras la reforma de la Ley 40/2007, se regula en el art. 161 bis 1 LGSS. Sobre el tema, véase Fernández Prieto, M., “La jubilación con edad rebajada por Real Decreto: actividades peligrosas, insalubres o penosas o discapacidad del trabajador”, en AA.VV., *La relevancia de la edad en relación al empleo, la protección social y la inmigración*, Bosch (en prensa).

²² RD 144/1999, de 29 enero, vigente hasta el 28 de noviembre de 2002.

²³ Así lo pone de manifiesto, vg., Mella Méndez, L., *Consideraciones sobre el contrato de relevo*, AL, n° 46, 1998, p. 870.

Social de 2001²⁴, vino a establecer mayor precisión en la exigencia de una edad inferior a cinco años, como máximo, “a la exigida con carácter general”. Y, finalmente, el art. 9 del Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, en desarrollo del art. 166.4 LGSS, fue tajante al exigir el cumplimiento de los sesenta años para acceder a la jubilación parcial, aunque, sorprendentemente, matiza que a tales efectos se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan. Por su parte, el art. 10 b) del mismo Real Decreto exige a la empresa la concertación simultáneamente de un contrato de relevo cuando el trabajador acceda a la jubilación parcial a una edad real inferior a los sesenta y cinco años, “sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que correspondan”.

También se había flexibilizado la reducción de jornada. En principio se exigió que fuese exactamente del 50%. Después, el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad introdujo un cierto margen para permitir al trabajador reducir su jornada entre un 30 y un 77%. Y, desde la Ley de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad²⁵, los topes de reducción se ampliaron, pudiendo oscilar entre un 25%, como mínimo, y un 85%, como máximo, de la jornada y, correspondientemente, del salario del trabajador. Además, el art. 12.6 ET hablaba, precisamente, de reducción “de su jornada de trabajo” y no, simplemente, “de la jornada de trabajo”, signo de que el trabajador parcialmente jubilado podría ser, inicialmente, un trabajador a tiempo parcial, en cuyo caso dichos porcentajes operarían sobre su jornada de trabajo, una jornada ya inicialmente inferior a la máxima de convenio o, en su defecto, a la máxima legal. Ello fue así hasta que el art. 10 a) del Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial expresamente señaló en su segundo párrafo que los porcentajes mínimo y máximo de reducción de la jornada –el 25 y el 85%– se entendían referidos a una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. Desde entonces, fuese un trabajador a tiempo completo o a tiempo parcial, al acceder a la jubilación parcial debía reducir su jornada de trabajo entre un 25 y un 85% no de su propia jornada de trabajo sino de la de un trabajador a tiempo completo comparable.

²⁴ Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

²⁵ Ley 12/2001, de 9 de julio.

La aludida flexibilización favoreció sin duda la utilización de la jubilación parcial anticipada como instrumento de regulación de empleo²⁶. No está de más recordar que, pese a que la jubilación parcial anticipada parece una figura fácil de deslindar de las situaciones de prejubilación, algunos convenios colectivos han utilizado esta figura para pasar a la situación de jubilados a trabajadores de edad avanzada de cuyos servicios se quiere prescindir, y hacerlo de una forma altamente rentable tanto para empleadores como para trabajadores. De hecho, antes de la reforma operada por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, los requisitos que se exigían para acceder a la jubilación parcial, también en su modalidad de jubilación parcial anticipada, eran prácticamente los mismos que para la jubilación ordinaria, con las únicas salvedades de la reducción de la jornada de trabajo y, en el caso de la jubilación parcial anticipada, la obligación del empresario de no amortizar las horas de trabajo dejadas vacantes por el jubilado parcial y contratar a un sustituto parcial mediante un contrato de relevo. En consecuencia, como el trabajador siempre tiene el aliciente de que su futura pensión no se ve reducida²⁷, en los casos en que realmente funcionaba la jubilación parcial anticipada era cuando el empresario, que asumía la obligación de celebrar un contrato de relevo, tenía interés en ello, como ocurría, de una forma incuestionable, en los casos de políticas empresariales de renovación o rejuvenecimiento de plantillas²⁸.

Así, ciertos convenios²⁹ definen la jubilación parcial como jubilación parcial anticipada, al considerar tal la iniciada después de cumplir sesenta años y como máximo hasta el cumplimiento de los sesenta y cinco años, simultánea

²⁶ Según datos aportados por Fernández Orrico, F.J., “La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo”, en AA.VV. (Dir. Sempere Navarro, A.V.), *La reforma de la Seguridad social de 2007–2008*, Aranzadi 2008, p. 181. s. se pasó de 6.819 altas de jubilación parcial en 2002 a 27.809 en 2006, con un incremento del 308% “y con una importancia creciente en el conjunto de las jubilaciones anticipadas (un 28% en 2006 cuando en 2001 suponían en torno al 6%)”.

²⁷ Incluso el tiempo cotizado durante la jubilación parcial anticipada, pese a que se corresponde con un trabajo a tiempo parcial, al simultanearse su contrato con el contrato de relevo, computa como si se hubiese cotizado sin reducción de jornada, tanto en relación con las bases de cotización, como con el porcentaje a aplicar a las mismas. Véase, al respecto, el art. 18 RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial.

²⁸ Sobre la necesidad de la participación del empresario para la jubilación parcial anticipada, véase López Balaguer, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo. Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia 2008), pp. 60 ss.

²⁹ Principalmente en algunos sectores en que se siente la necesidad de rebajar la edad de jubilación, como el del transporte respecto de los conductores, sin que legalmente esté prevista la posibilidad de una jubilación ordinaria a una edad anterior a los sesenta y cinco años.

con un trabajo a tiempo parcial y vinculada a un contrato de relevo. Estos convenios en general establecen la jubilación forzosa en los sesenta y cinco años de edad, para fomentar la contratación de trabajadores jóvenes, con lo cual la relación laboral incluso de los trabajadores que no se acogen a la jubilación parcial se extingue en principio con el cumplimiento de esa edad. En los casos en que se pretende facilitar la regulación del empleo se exige, además, con cierta frecuencia, que el trabajador reduzca su jornada de trabajo en el límite máximo legalmente previsto del 85%, con lo que su prestación de servicios se reduce al 15% de la jornada, e incluso se arbitran fórmulas para la realización de ese 15% de la jornada. En ocasiones, las fórmulas que, en cada caso, pacten la empresa y el trabajador, al objeto de conciliar que la prestación y distribución del 15 % de la jornada a trabajar se realice con criterios razonables para la organización del trabajo en las empresas y del criterio del trabajador. Otras veces se prevé expresamente la realización de la jornada de trabajo reducida no a lo largo del año sino acumulada en un solo período, o en el menor espacio de tiempo posible y en jornadas diarias completas, o en jornadas de duración diaria idéntica a la que venían realizando con anterioridad, o en un máximo de días, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar los trabajadores y las empresas. Algunos convenios van más allá y permiten la acumulación de la prestación del servicio correspondiente a períodos supraanuales³⁰ en los meses inmediatamente siguientes a la jubilación parcial y a jornada completa, de nuevo sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar los trabajadores y las empresas. Hay incluso convenios que dispensan a los trabajadores parcialmente jubilados de su deber de prestación de servicios durante la jornada residual. Así, algunos aplican una escala de bonificaciones que se traduce en una dispensa mayor o menor del trabajo a realizar en función de la antigüedad del trabajador en la empresa, sin perjuicio del acuerdo al que pueda llegar el trabajador y la empresa, pero otros se limitan a permitir sin más que la empresa pueda optar por retribuir los servicios sin exigir a cambio la prestación efectiva de los mismos. Y otros convenios hasta imponen la consideración a todos los efectos como permiso retribuido del 15% de la jornada que se mantiene como contrato a tiempo parcial³¹.

La empresa podía conseguir así, a través de la jubilación parcial y de la celebración de contratos de relevo con trabajadores jóvenes, de una manera más rentable, los mismos efectos perseguidos con la prejubilación de los trabaja-

³⁰ Acumulación no prevista, como es sabido, por el ET que en el art. 34.2 ET se refiere únicamente a la posibilidad de establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año.

³¹ Para un análisis más exhaustivo de la negociación colectiva, Fernández Prieto, M., *Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción*, Aranzadi Social, n° 16 (2007), pp. 68 ss., con cita de convenios.

dores de mayor edad: la renovación de la plantilla. El trabajador accedía a la jubilación parcial cobrando un 85% de la pensión. Y, en cuanto a la jornada de trabajo del 15% restante que, teóricamente, debía continuar realizando hasta la jubilación total, podía ocurrir que incluso quedase dispensado de realizar trabajo alguno. E incluso, si tenía que trabajar, podía venir impuesta o pactada la acumulación del trabajo a realizar en los meses siguientes a la jubilación parcial y a jornada completa. El aliciente que presentaba la jubilación parcial era su fácil accesibilidad, en la medida en que la carencia exigida para el acceso a la jubilación parcial, incluso anticipada, era la misma que para la jubilación ordinaria. Bastaba con que el trabajador tuviese quince años cotizados a lo largo de su vida laboral, dos al menos en los quince años inmediatamente anteriores al momento de acceder a la jubilación parcial, frente a los treinta años cotizados que se le exigen al trabajador para acceder a la jubilación anticipada³², a la que, por otra parte, sí se le aplican importantes coeficientes reductores de la cuantía de la pensión para desincentivar su utilización.

La jubilación parcial anticipada se regula en el artículo 166.2 de la LGSS. La Ley de medidas en materia de Seguridad Social ha modificado la jubilación parcial de forma radical para aproximar los requisitos de la jubilación parcial anticipada a los de la jubilación ordinaria, aunque, precisamente para atenuar los efectos inmediatos de esa drástica reforma, se ha introducido en la LGSS una disposición transitoria decimoséptima, que establece una aplicación gradual del nuevo régimen en un plazo entre cinco y siete años, e incluso prevé la posibilidad de aplicación del régimen anterior durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de la ley a los trabajadores afectados por compromisos adoptados mediante convenio o acuerdo colectivo.

Para acceder a la jubilación parcial anticipada, se exigen, como regla general, tras la reforma, además de la celebración con carácter simultáneo de un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del Estatuto de los Trabajadores, y de que el trabajador que pretenda acceder a la jubilación parcial anticipada sea a tiempo completo, seis requisitos, recogidos sistemáticamente en el art. 166.2 a-f LGSS.

El primer requisito exigido es haber cumplido la edad de 61 años, o de 60 si se trata de los trabajadores que fueron mutualistas antes de 1967³³, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado por la naturaleza

³² Ahora regulada en el apartado 2 del art. 161 bis LGSS.

³³ A quienes se refiere la regla 2ª del apartado primero de la disposición transitoria tercera LGSS y cuya existencia –mutualistas de 60 años– resultará biológicamente imposible a partir del año 2011.

excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre o la discapacidad del propio trabajador. Con esta precisión, la reforma no se reduce a la mera exigencia de un año más de edad para el acceso a la jubilación parcial anticipada.

Con anterioridad a la Ley de medidas en materia de Seguridad Social se exigían 60 años sin más, pero la nueva regulación se aplicará gradualmente. Durante el año 2008 se exigen aún 60 años y se irán adicionando dos meses año tras año hasta el año 2014. Además, hasta el 31 diciembre 2012 se podrá acceder con 60 años y con una reducción máxima del 85%, si el trabajador que se jubila parcialmente tiene treinta años cotizados y seis de antigüedad en la empresa.

En segundo lugar, se exige acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, los seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto, se computa también la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 ET, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

Antes de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, no se exigía ninguna antigüedad mínima en la empresa. Este requisito se introduce también de forma paulatina. Por ello, en el año 2008 se exigirán sólo dos años de antigüedad, que se ampliarán en un año más cada año hasta llegar a los seis previstos en el año 2012. Con esta limitación se trata de evitar ciertas conductas, algunas abusivas o fraudulentas³⁴, utilizadas con bastante reiteración en los últimos tiempos, consistentes en contratar a un trabajador en la empresa para, prácticamente sin solución de continuidad, facilitarle el acceso a la jubilación parcial. Incluso se podía enviar al paro a los trabajadores dos años antes de cumplir la edad de acceso a la jubilación parcial, para contratarlos nuevamente una vez cumplida dicha edad y que accediesen, de forma prácticamente inmediata, a la jubilación parcial. Con ello se conseguía anticipar, a través de la prestación de desempleo, incluso en dos años más la retirada del mercado laboral de los trabajadores de edad avanzada.

En tercer término, se requiere que la reducción de la jornada de trabajo se encuentre comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 75%, o

³⁴ Existe al respecto una doctrina judicial contradictoria, aunque, en la mayor parte de los casos, los tribunales resolvieron, de acuerdo con la literalidad de las normas aplicables, a favor del reconocimiento de la jubilación parcial anticipada del trabajador pese a su corta permanencia en la empresa (SSTSJ de Cantabria de 5 de julio de 2007 –AS 2007/2708– y de 31 octubre de 2007 –AS 2008/283–; STSJ País Vasco de 30 julio 2007 –AS 2008/527–; STSJ de Cataluña de 25 de septiembre de 2007 –JUR 2007/334963–). En contra, la STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2007 –AS 2007/3105–, que hace una interpretación teleológica de las normas, basada en la prohibición del ejercicio antisocial y del abuso del derecho, así como en el fraude de ley.

del 85% para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y treinta años de cotización a la Seguridad Social. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

De este modo, la Ley de medidas en materia de Seguridad Social ha ampliado la jornada laboral mínima que debe realizar el jubilado parcial, que debe ser ahora al menos del 25% frente al 15% anterior. Con ello, parece pretenderse obstaculizar la práctica bastante extendida en las empresas, especialmente en algunos sectores de la actividad, de reducir la jornada al 15% y conceder permisos retribuidos a los trabajadores que, de ese modo, quedaban liberados de su obligación laboral y dejaban de trabajar desde el momento de la jubilación parcial, utilizando ésta como instrumento al servicio de la reestructuración y la renovación de las plantillas. No obstante, la aplicación de esta ampliación será también gradual, pues durante el año 2008 se seguirá exigiendo el mínimo del 15%, que se ampliará a razón de dos o tres puntos porcentuales más cada año hasta llegar al 25% en el año 2012. Se permitirá, además en todo caso y sin limitación temporal, una reducción del 85% de la jornada cuando el trabajador tenga seis años de antigüedad en la empresa y treinta de cotización a la Seguridad Social y el relevista sea contratado a jornada completa y mediante contrato de duración indefinida. Si se dan todas estas particularidades, parece convalidarse aquella práctica.

El cuarto requisito exigido, aunque no menos importante, consiste en acreditar un período previo de cotización de treinta años, sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, es decir, los días cuota³⁵.

Es importante destacar que la Ley de medidas en materia de Seguridad Social ha duplicado, ni más ni menos, el tiempo de cotización de quince años hasta ahora exigidos para así aproximar las condiciones de acceso entre la jubilación parcial anticipada y la jubilación anticipada propiamente dicha. La medida pretende frenar su utilización como medida de reestructuración sin costes para la empresa pero con altos costes para el sistema de la Seguridad Social, y reservar esta modalidad de jubilación a las personas que realmente han contribuido a mantener el sistema. También se introducirá de modo progresivo. Durante el año 2008 se exigen dieciocho años de cotización y se aumentarán tres años más de cotización por cada año que transcurra hasta llegar a los treinta en el año 2012.

³⁵ Como tampoco se tiene en cuenta, según recoge expresamente la nueva redacción del art. 161.1.b) LGSS, en el cómputo de la carencia exigida para el acceso a la jubilación ordinaria.

El quinto requisito se aplica únicamente a los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, en cuyo caso se exige una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no puede ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente, se añade, se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.

El último requisito se refiere a la duración de los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial, que deberá ser, como mínimo, igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación³⁶.

A estos seis requisitos sistemáticamente ordenados en el artículo 166.2 LGSS, debemos añadir otros dos recogidos en el párrafo primero y que no podemos soslayar. El primero, que no plantea mayor novedad en relación con la regulación anterior, exige que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el art. 12.7 ET. El segundo, que no se debe pasar por alto aunque hasta el momento la doctrina científica no le haya prestado la atención deseada³⁷, pese a resultar de gran trascendencia, vincula la posibilidad de acceder a la jubilación parcial anticipada a “los trabajadores a tiempo completo”. Interpretado *a sensu contrario*, este requisito parece impedir a los trabajadores a tiempo parcial el acceso a la jubilación parcial anticipada, prohibición que, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, supondría una maniobra discriminación indirecta por razón de género.

3. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO Y JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA

El derecho a no ser discriminados directa o indirectamente en el acceso al empleo o una vez empleados, entre otros motivos por razón de sexo, se recoge

³⁶ Además, la disposición adicional 29ª de la Ley 40/2007 modifica el contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y el contrato de relevo (art. 12.6 y 12.7 ET) e introduce una disposición transitoria duodécima en el Estatuto de los Trabajadores para regular la aplicación gradual del nuevo régimen legal.

³⁷ O lo haya hecho para evidenciar que “a partir de la LMSS, queda más claro aún que a esta jubilación parcial no se puede acceder desde el contrato a tiempo parcial”, como si incluso ya estuviese claro antes. En este sentido, Fernández Orrico, F.J., “La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., p. 181.

en la actualidad expresamente en los arts. 4.2.c) y 17.1 ET. Pero ya antes, el Tribunal Constitucional, acogiendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, había señalado que la prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, “comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, 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”³⁸.

La definición de la discriminación indirecta por razón de género³⁹ se contiene en el art. 2.1.b) de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁴⁰, que recoge la definición incluida en el art. 2.2 de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo⁴¹. La recepción en Derecho interno de tal definición se ha realizado por el art. 6.2 LO para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres⁴², que reproduce de forma prácticamente literal la definición de la directiva y considera discriminación indirecta por razón de género “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”⁴³.

³⁸ Véase, entre otras, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240).

³⁹ Sobre el concepto, Pérez Del Río, T., *La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario: las D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE, modificación de la D/76/207/CEE*, Revista de Derecho Social, n° 19, 2002, pp. 96 ss.

⁴⁰ Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006.

⁴¹ Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, según redacción dada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 y en la línea de las definiciones de discriminación indirecta contenidas en las Directivas 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁴² LO 3/2007, de 22 de marzo.

⁴³ Previamente, las leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, habían traspuesto las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

De dicha definición se deduce que son dos los elementos configuradores de la discriminación indirecta por razón de género⁴⁴: el impacto adverso sobre un colectivo definido por su sexo, para cuya comprobación la prueba estadística suele considerarse determinante, y la falta de justificación de la medida que provoca el impacto adverso, entendida de forma restrictiva como la no superación del triple juicio de la proporcionalidad –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto–. Para que la medida pueda considerarse justificada se exige, pues, que sea susceptible de conseguir el fin propuesto –juicio de idoneidad–; que no exista otra medida más moderada, capaz de conseguir el mismo resultado con un impacto menor –juicio de necesidad– y que los beneficios que se consiguen con la medida sean mayores que los perjuicios causados –juicio de proporcionalidad–.

Ambos elementos se recogen de forma visible en la jurisprudencia constitucional de aplicación del art. 14 de la Constitución relativa a la discriminación indirecta por razón de género⁴⁵ y en la reiterada jurisprudencia comunitaria de aplicación del art. 119 TCEE –actual art. 141 TCE– y de las Directivas comunitarias de desarrollo, que puede sintetizarse en la aseveración de que “el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”⁴⁶. En los supuestos en que se denuncia una discriminación indirecta, para acreditar la presencia de tratamiento discriminatorio, no resulta necesario aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, pues lo que se compara no son los individuos sino grupos sociales en los que los individuos que los componen

⁴⁴ Véase Lousada Arochena, J.F., *Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional*, Aranzadi Social, Base de datos Westlaw, BIB 2007/2897.

⁴⁵ Jurisprudencia especialmente amplia en el ámbito de la discriminación retributiva entre mujeres y hombres –SSTC 145/1991, de 1 de julio (RTC 1991, 145); 145/1992, de 13 de octubre (RTC 1992, 145); 58/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 58); 286/1994, de 27 de octubre (RTC 1994, 286); 147/1995, de 16 de octubre (RTC 1995, 147); 250/2000, de 30 de octubre (RTC 2000, 250) –, pero también existente en los ámbitos del acceso al empleo – STC 41/1999, de 22 de marzo (RTC 1999, 41) –, las condiciones de trabajo – SSTC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240), 203/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 203) y 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3) –, y las prestaciones de Seguridad Social – SSTC 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 253) y 154/2006, de 22 de mayo (RTC 2006, 154)–.

⁴⁶ Entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990 (TJCE 1991, 20), asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991 (TJCE 1991, 128), asunto Nimz; de 4 de junio de 1992 (TJCE 1992, 114), asunto Bötzel; de 17 de junio de 1998 (TJCE 1998, 142), asunto Kathleen Hill y Ann Stapleton; de 9 de febrero de 1999 (TJCE 1999, 21), asunto Seymour-Smith y Laura Pérez; o de 10 de marzo de 2005 (TJCE 2005, 60), asunto Vasiliki Nikoloudi.

se ponderan estadísticamente y están formados mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadores de un mismo sexo, como ocurre característicamente con los trabajadores con menos fuerza física o con los trabajadores a tiempo parcial.

En este sentido, no está de más recordar que el concepto de discriminación indirecta por razón de género ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al hilo del enjuiciamiento de sucesivos supuestos referidos a contratos de trabajo a tiempo parcial⁴⁷, y que también en la jurisprudencia constitucional se encuentra algún ejemplo⁴⁸. Así, cuando se afirma que un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se quiere decir que en la misma situación laboral se le dé un trato más favorable a los varones que a las mujeres sino simplemente que la aplicación de la medida produce efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, pero no exclusivamente, por trabajadoras femeninas. Para que el tratamiento sea considerado discriminatorio se requiere, además, que no exista una justificación objetiva y razonable suficiente, aunque este requisito se interpreta de forma muy restrictiva para no vaciar de contenido el principio de igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras, que la propia jurisprudencia eleva a la categoría de principio fundamental de Derecho comunitario.

En relación con la nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, tras la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, llama poderosamente la atención que el párrafo primero del artículo 166.2 LGSS, de forma expresa pero, quizás hasta cierto punto veladamente, reserve la posibilidad de acceder a la misma a los “trabajadores a tiempo completo”⁴⁹ que reúnan los requisitos enumerados en el propio artículo. No ocurre lo mismo con la jubilación parcial a la que se accede después de haber cumplido los 65 años de edad, regulada en el art. 166.1 LGSS, para quienes la única limitación que se establece al respecto es que la reducción de su jornada de trabajo esté comprendida entre un mínimo

⁴⁷ Ampliamente sobre el tema Cabeza Pereiro, J., Lousada Arochena, F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, 1999.

⁴⁸ Véase STC 253/2004, cit., en relación con la determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social y el diferente trato legislativo que provoca una discriminación indirecta por razón de sexo entre los trabajadores a tiempo parcial, por el cómputo exclusivo de las horas trabajadas, y los trabajadores a tiempo completo, para quienes el cómputo se realiza por días trabajados.

⁴⁹ Pese a lo cual, Barrios Baudor, G.L. y Meléndez Morillo-Velarde, L., *Ley de Medidas en materia de Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, Civitas, 2008, p. 105, n.83, afirman que “quizás pudieran asimilarse a ellos los trabajadores contratados a tiempo parcial cuyas jornadas de trabajo, valoradas en su conjunto, equivalgan en días teóricos a los de un trabajador a tiempo completo comparable”. Sin una equivalencia legal expresa, cuesta entender cómo habría de hacerse ésta, a menos que se estén refiriendo a trabajadores pluriempleados con contratos a tiempo parcial.

de un 25% y un máximo de un 75%, porcentajes referidos en ambos casos “a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable”⁵⁰. Esta matización invita a presuponer que también un trabajador a tiempo parcial puede jubilarse parcialmente después de los 65 años de edad, si bien debe reducir su jornada de trabajo entre un 25 y un 75% no de la jornada reducida realizada por el trabajador con contrato a tiempo parcial hasta el momento de la jubilación parcial sino de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Es interesante destacar, no obstante, que idéntica precisión realiza la letra c) del art. 166.2 LGSS, tras establecer los límites de la reducción de la jornada del trabajador que se pretende jubilar parcialmente de forma anticipada, al remitirse también a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. La puntualización es, en este último caso, además de superflua, sumamente equívoca, pues en la medida en que se exige que el trabajador que pretende acceder a la jubilación parcial anticipada sea un trabajador a tiempo completo, su jornada es ya a tiempo completo y no habrá ningún trabajador más idóneo que él mismo –de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico– con quien realizar la comparación para fijar los límites de reducción de la jornada. Incluso es probable que esta precisión haga pasar más desapercibido el requisito de ser trabajador a tiempo completo para acceder a la jubilación parcial anticipada.

La exigencia de jornada a tiempo completo –y la presunta limitación de acceso a la jubilación parcial para los trabajadores a tiempo parcial– ya se había previsto en el art. 9 del ya derogado Real Decreto por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social⁵¹, el Real Decreto–ley de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad⁵². El tema había provocado cierta polémica doctrinal cuestionando la posibilidad de exigir que el contrato de trabajo del trabajador que accediese a la jubilación parcial anticipada tuviera que ser un contrato por tiempo indefinido y a jornada completa⁵³.

⁵⁰ De acuerdo con el art. 12.1 ET la jornada de un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato y un trabajo idéntico o similar y, a falta de éste, la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.

⁵¹ RD 144/1999, de 29 de enero.

⁵² RD–Ley 15/1998, vigente hasta el 28 de noviembre de 2002 y en el que también expresamente se reservaba el acceso a la jubilación parcial a los trabajadores contratados a jornada completa.

⁵³ Véase López Balaguer, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo*, cit., p. 51, con cita de bibliografía –Salinas Molina, F., *Jubilación parcial*, JL, nº 3, 2000; Calvo Gallego, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002, p. 65–.

La exigencia fue suprimida por el Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial y, con ello la cuestión quedó temporalmente resuelta hasta la reciente reforma de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social⁵⁴, incluso por la doctrina de suplicación⁵⁵, posibilitando el acceso a la jubilación parcial a los trabajadores a tiempo parcial, aunque su jornada en la práctica debía ser superior al 40%⁵⁶.

Y se debe insistir en que llama poderosamente la atención esta exigencia porque el TJCE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto muy similar en el asunto Steinicke⁵⁷, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de justicia alemán en relación con el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad –*Alterstailzeit*–, que abarca el período previo a la jubilación, previsto en la legislación federal aplicable a la función pública⁵⁸. A este régimen se puede acceder según dos modelos⁵⁹: la llamada fórmula a tiempo parcial –*Teilzeitmodell*–, que consiste en un empleo a tiempo parcial continuo, con una reducción uniforme de la jornada laboral durante todo el período considerado, equivalente a la mitad de la jornada laboral normal; y la llamada fórmula de dos fases o de trabajo en bloque –*Blockmodell*–, en la que a una fase trabajada a tiempo completo o, en todo caso, más que a media jornada, le sigue una fase de dispensa, licencia o exención de trabajo y, por tanto, una salida anticipada de la vida profesional, aunque el trabajador mantiene su calidad de empleado aun cuando no trabaje. En el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad para la función pública, y aunque la retribución del trabajador se reduce en la misma proporción que la jornada de trabajo, se prevé un suplemento igual a la diferencia entre la retribución neta correspondiente a la jornada reducida realizada y el 83% de la retribución neta que se pagaría por un empleo realizado a tiempo completo.

Pues bien, uno de los requisitos exigidos inicialmente para poder acceder a este régimen era haber trabajado, como mínimo, tres años en total a tiempo

⁵⁴ Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 100; López Gandía, J., *Jubilación parcial*, Bomarzo, 2004, p. 34.

⁵⁵ STSJ País Vasco de 29 de diciembre de 2006 –AS 2007/896–.

⁵⁶ Porque, como señala Fernández Orrico, F.J., “La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., p. 184, en caso contrario no sería posible cumplir con los márgenes legales mínimo y máximo de reducción de la jornada. Es decir, no sería posible reducir la jornada por lo menos un 25% y trabajar al menos el 15% de la misma.

⁵⁷ STJCE de 11 de septiembre de 2003, asunto C–77/2002, Erika Steinicke.

⁵⁸ Art. 72 ter apartado 1 de la *Bundesbeamtengesetz* de 14 de julio de 1953, en su versión publicada el 31 de marzo de 1999 vigente hasta el 30 de junio de 2000.

completo en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial. Precisamente con el planteamiento de la cuestión prejudicial se pretendía dilucidar si ese requisito era o no contrario al Derecho comunitario⁶⁰, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación indirecta entre hombres y mujeres, al existir muchas más mujeres que hombres que trabajaban a tiempo parcial⁶¹ y que, por este motivo, quedaban excluidas del trabajo a tiempo parcial por razón de la edad. La respuesta del Tribunal es contundente, al considerar el requisito contrario a la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, a menos que esté justificado “por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo”, apreciación que, según el Tribunal de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, aunque, a la vista de los autos del procedimiento principal, de las observaciones escritas y de las alegaciones presentadas, el propio Tribunal, “llamado a facilitar respuestas útiles al juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones” o indicios para facilitar al juez nacional su labor y, en definitiva, para que pueda dictar una resolución suficientemente motivada.

En este sentido, como justificación de la medida que provoca el impacto adverso, y en definitiva de la desigualdad de trato –la exclusión de los funcionarios que trabajan a tiempo parcial del acceso al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad–, se alegaron por el *Bundesanstalt für Arbeit* argumentos relativos a la política de empleo, la descongestión del mercado de trabajo y la promoción de la contratación, a la neutralidad de costes y a las cargas derivadas de la planificación y distribución del trabajo en la función pública. El Tribunal de Justicia, invocando jurisprudencia del mismo, recuerda que aunque los Estados Miembros disponen de un amplio margen de aprecia-

⁵⁹ Regulados por la *Altersteilzeitgesetz* de 23 de julio de 1996, para los trabajadores que hayan alcanzado los 55 años de edad y con el objetivo de permitir la contratación de trabajadores desempleados.

⁶⁰ En concreto, a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE, hoy refundida en la Directiva 2006/54/CE. A estos efectos, el Tribunal recuerda que la finalidad del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad es reducir el tiempo de trabajo normal y, en la medida que supone una reordenación del tiempo de trabajo, afecta a las condiciones de trabajo. Las consecuencias pecuniarias para el trabajador afectado del acceso a dicho régimen no bastan para incluir el régimen en el ámbito del principio de igualdad de retribución, en aplicación del art. 141 TCE o de la Directiva 75/117/CEE, pues se derivan de la naturaleza de la propia prestación laboral.

⁶¹ Según la sentencia, “alrededor del 90% de los trabajadores a tiempo parcial en la función pública alemana son mujeres”.

ción para alcanzar los objetivos que persiguen en materia de política social y de empleo, dicho margen no puede inducir a que se vacíe de contenido un principio fundamental de derecho comunitario, como es el de igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras. Y que, además, consideraciones de índole presupuestario pueden ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro, pero no pueden constituir por sí solas un objetivo perseguido por esta política ni, por tanto, justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos⁶².

Por lo demás, y en relación con la prohibición de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en las condiciones de trabajo que contiene el Derecho comunitario⁶³, el Tribunal de Justicia ha señalado que es lo suficientemente precisa para ser invocada por un particular contra el Estado miembro y que debe ser aplicada por el juez nacional para, en caso de necesidad, inaplicar cualquier disposición nacional que no sea conforme a ella⁶⁴, sin que haya de solicitar o esperar la supresión previa de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional⁶⁵.

Análogas consideraciones se imponen también en el caso de que se entienda que la disposición resulta contraria al Derecho comunitario en relación con la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los regímenes profesionales de seguridad social contenida en los arts. 5 y ss. de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que prohíbe en concreto la discriminación en las condiciones de acceso a los mismos⁶⁶ y considera contrarias al principio de igualdad de trato las disposiciones que se basen en el sexo, directa o indirectamente, para reservar prestaciones a los trabajadores de uno de los sexos⁶⁷ –como ocurrirá con la nueva prestación de jubilación parcial, si se reserva a los trabajadores a tiempo completo, que son mayoritariamente hombres– o para imponer edades diferentes de jubilación⁶⁸ –como ocurrirá con la nueva prestación de jubilación

⁶² En este sentido, véase entre otras la STJCE de 20 de marzo de 2003, asunto Helga Kutz–Bauer, C–187/2000, también sobre el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, pero en relación con la discriminación indirecta contenida en un convenio colectivo.

⁶³ En principio el art. 5 apartado 1 de la Directiva 76/207, pero también el art. 14.1.c) de la Directiva 2006/54.

⁶⁴ SSTJCE de 26 de febrero de 1986 –asunto 152/1984, Marshall–; 9 de febrero de 1999 –asunto C–167/1997, Seymour–Smith y Pérez–; y de 20 de marzo de 2003, asunto Helga Kutz–Bauer, cit.

⁶⁵ En particular, STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, Simmenthal.

⁶⁶ Art. 5 a) de la Directiva 2006/54/CE.

⁶⁷ Art. 9.1e) de la Directiva 2006/54/CE.

⁶⁸ Art. 9.1f) de la Directiva 2006/54/CE.

parcial, si se reserva a los trabajadores a tiempo completo, pues podrán acceder a la jubilación parcial a partir de los 60 o 61 años de edad mayoritariamente hombres, mientras que los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres, habrán de esperar a los 65 años para poder jubilarse parcialmente—.

Por último, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el Derecho interno español, el contrato a tiempo parcial no puede considerarse un empleo menor o marginal, no constitutivo de medio fundamental de vida, que por su escasa entidad sería capaz de justificar una diferencia de trato para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo⁶⁹. El art. 12.1 ET define conceptualmente el contrato a tiempo parcial como aquel en el que se ha acordado una prestación de servicios durante un 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, por lo que pueden existir trabajadores a tiempo parcial con una jornada muy próxima a la de un trabajador a tiempo completo, y sólo ligeramente inferior a la de éste⁷⁰. Incluso mayores dudas interpretativas podrían plantearse en el supuesto de trabajadores pluriempleados que trabajaran a tiempo parcial para dos o más empresas, sumando en total una jornada igual o incluso superior a la jornada máxima legal⁷¹.

⁶⁹ En el sentido de la STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto Nolte, que considera justificada por objetivos de política social y, por tanto no discriminatoria, la medida —que consiste en la exclusión del seguro de vejez—, a pesar de que afecta a un número mayor de mujeres y, por tanto, supone una diferencia de trato.

⁷⁰ Como dice López Gandía, J., *La reforma de la jubilación en la Ley de Medidas de Seguridad Social de 2007*, RDS, nº 38, 2007, p. 222, la frontera entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial “puede ser muy tenue dada la definición del trabajo a tiempo parcial contenida en el art. 12 del ET”.

⁷¹ No está de más recordar que la prohibición del art. 3 del Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, modificada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo, de celebrar un contrato a tiempo parcial con el desempleado que debe sustituir al trabajador que pretende acceder a la jubilación especial anticipada a los 64 años, ha sido interpretada por los tribunales no literal sino teleológicamente, entendiéndose que la norma pretende fomentar el empleo y que no se produzca reducción alguna en el nivel de empleo y, en definitiva, que el sustituto pase a realizar al menos una jornada igual a la del trabajador sustituido, de modo que si la jornada de éste era a tiempo parcial, el sustituto pueda también ser contratado a tiempo parcial. En este sentido, STS de 18 de marzo de 2002 —RJ 2002/5211—, en relación con la concesión de la jubilación especial anticipada a un trabajador pluriempleado con varios contratos a tiempo parcial, pese a la sustitución por otros trabajadores con jornada parcial. La finalidad de la jubilación parcial anticipada, con la obligatoriedad de la celebración de un contrato de relevo, es también la no amortización de la jornada dejada de realizar por el trabajador que se jubila parcialmente. Incluso la jornada que dejaría libre un trabajador a tiempo parcial que se jubilara parcialmente sería o podría ser la misma que la de un trabajador a tiempo completo, en cuanto que, como se ha apuntado, el art. 166.2d) exige que los márgenes de reducción de la jornada se entiendan referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable y no a la jornada concreta que viniese realizando el trabajador que pretende acceder a la jubilación parcial.

Por lo demás, como es lógico, el problema de la exigencia del trabajo a tiempo completo se agravaría si se entiende que el período de antigüedad en la empresa de, al menos, los 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial que exige el art. 166.2.b) LGSS, debe ser también trabajado a tiempo completo⁷².

En conclusión, parece que los órganos jurisdiccionales nacionales, en tanto el legislador español no suprima del primer párrafo del art. 166.2 la expresión “a tiempo completo” que cualifica a los trabajadores para poder acceder a la jubilación parcial anticipada, deberán inaplicar dicha exigencia, para hacer así efectivas las prohibiciones de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo tanto en las condiciones de trabajo como en los regímenes profesionales de seguridad social que contiene la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Podrán, en su caso, suspender el procedimiento y plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJCE o plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por la vulneración que el art. 166.2 hace del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación indirecta por sexo que se contiene en el art. 14 de la Constitución española⁷³.

⁷² Interpretación algo descabellada que apuntan como posible interpretación teleológica, aunque sin considerarla la interpretación más acertada, Barrios Baudor, G.L. y Meléndez Morillo-Velarde, L., *Ley de Medidas en materia de Seguridad Social*, cit., p. 110.

⁷³ Téngase en cuenta, como precedente, la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, en relación con el pár. segundo del art. 12.4 ET, en la redacción original del RD Legislativo 1/1995, de 24 marzo. Con arreglo a ese artículo, para determinar los períodos de cotización respecto de los contratos a tiempo parcial para acceder a las prestaciones de Seguridad Social, se establecía el cómputo exclusivo de las horas trabajadas y su traducción a días teóricos de cotización. El Tribunal declaró la existencia de un trato desigual y desproporcionado por comparación con los trabajadores a tiempo completo, la vulneración del principio de igualdad en la Ley, discriminación indirecta por razón de sexo y la correspondiente inconstitucionalidad y nulidad del precepto impugnado.