

LA COMPLEJA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: LOS EFECTOS EXPLOSIVOS E INCIERTOS DE LA STJUE DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012 (AS. «ELBAL MORENO»)

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 47
Julio – Septiembre 2013
págs. 47 a 97

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO ELBAL MORENO. A. *Supuesto de hecho y cuestiones prejudiciales planteadas*. B. *La respuesta del TJUE*. II. EL CONTEXTO NORMATIVO INTERNO: EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. A. *La progresiva y tortuosa desprotección de los trabajadores a tiempo parcial*. B. *La consideración de la doble proporcionalidad estricta como inconstitucional por la STC 253/2004*. C. *La normativa posterior*. D. *El cuestionamiento de la normativa española «correctora»: su presunta conformidad interna se opone, sin embargo, al Derecho de la Unión*. III. EL CONTEXTO NORMATIVO EUROPEO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LA DIRECTIVA 79/7/CEE. A. *La aplicación exclusiva de la Directiva a los regímenes legales que garanticen a la población activa una protección contra unos riesgos determinados*. B. *Configuración del principio de igualdad*. C. *Discriminación directa: derogaciones legítimas*. D. *Discriminación indirecta: justificaciones objetivas basadas en perseguir un legítimo objetivo de política social*. C. *Las repercusiones de la STJ del asunto Elbal Moreno: la doctrina de la STC 61/2013, de 14 de marzo*. IV. LA ENCRUCIJADA DE LOS JUECES Y DEL LEGISLADOR EN EL CÓMPUTO DE LOS PERIODOS DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS A TIEMPO PARCIAL: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE EL EFECTO MATEO Y EL EFECTO VIRIDIANA. A. *Equiparación día trabajado con día cotizado*. B. *Equiparar el tiempo de duración del contrato de trabajo con período de carencia*. C. *Considerar cada hora trabajada como hora cotizada (sin y con coeficientes reguladores)*. D. *Disminución proporcional de los períodos de carencia exigidos*. E. *Utilizar criterios distintos al del tiempo de trabajo para medir los requisitos de contributividad*. F. *Excluir del sistema al trabajo marginal o reducir su protección*.

RESUMEN: La protección social de los trabaja-

ABSTRACT: The social protection of part-time



dores a tiempo parcial ha sufrido constantes modificaciones tendentes a adecuar el principio de igualdad con el de proporcionalidad y el principio contributivo. Pero el equilibrio aún no se ha logrado. Por el contrario, los últimos intentos legislativos han sido declarados inconstitucionales y contrarios además al Derecho de la Unión Europea por incurrir en discriminación indirecta por razón de sexo. Este artículo examina la evolución histórica reciente de la protección social por jubilación de estos trabajadores, la declaración de no conformidad con el derecho europeo de la actual regulación española por parte de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 y las consecuencias internas de dicha sentencia, para finalizar con algunas propuestas de lege ferenda.

PALABRAS CLAVE: Trabajadores a tiempo parcial; Protección social; Pensión de jubilación; Discriminación indirecta por razón de sexo; Alcance de la Directiva 79/7/CEE.

workers has undergone constant modifications designed to accommodate the principle of equality with the principle of proportionality and contributory. But the balance has not been achieved yet. By contrast, the last legislative attempts have been declared unconstitutional and also contrary to European Union law. This article examines the recent historical evolution of social protection for retirement of part time workers, the declaration of non-compliance with European law of the current Spanish regulation by the ECJ judgment of November 22, 2012 and the domestic consequences of the judgment. The research offers some proposals de lege ferenda.

KEYWORDS: Part time workers; Social protection; Contributory retirement pension; Equal treatment for male and female workers; Indirect discrimination on grounds of sex; Scope of Directive 79/7/CEE.

Fecha recepción original: 19 de junio de 2013

Fecha aceptación: 13 de julio de 2013

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ASUNTO ELBAL MORENO

A. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

El caso examinado por la STJ de 22.11.2012, as. *Isabel Elbal Moreno e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)* (C-385/11), tiene por objeto la interpretación de la regulación española sobre la pensión de jubilación contributiva en los contratos a tiempo parcial a la luz de la normativa europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En el caso concreto, la Sra. Elbal Moreno, con 66 años, presentó una solicitud ante el INSS para obtener una prestación de jubilación contributiva. Había trabajado como limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana, es decir, el 10 % de la jornada legal en España (calculadas sobre 40 horas semanales). Su solicitud fue denegada por no reunir el período mínimo de cotización de quince años exigido para poder causar derecho a la pensión de jubilación por la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). Frente a los 4.931 días requeridos como periodo mínimo de cotización, el INSS le reconocía tan sólo un período de cotización de 1.362 días¹.

1. En concreto, 41 días por trabajos anteriores realizados a jornada completa; 336 días se le otorgaban como asimilados a causa de tres partos (3 x 112); 656 días resultado de

Ante el rechazo de su petición, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social de Barcelona alegando que en los contratos a tiempo parcial el cómputo de los periodos para alcanzar la pensión de jubilación establecida en la Disposición Adicional Séptima de la LGSS (en adelante DA 7^a LGSS) al exigir un mayor período de cotización al trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo vulneraba el principio de igualdad e incurría en una discriminación indirecta por razón de sexo al ser mujeres el grupo mayoritario contratado a tiempo parcial. El Juzgado de lo Social que conoce del asunto, que debía también conocer que el Tribunal Supremo había bendecido la regulación cuestionada y no la consideraba contraria a Derecho, opta por interponer directamente una cuestión prejudicial ante el TJUE en lugar de una cuestión de inconstitucionalidad², al entender que, como propugna la demandante, la norma española es cuestionable desde la normativa europea sobre igualdad por razón de sexo.

El Juzgado explica al TJUE el sistema español de jubilación contributiva para los contratados a tiempo parcial y la regla que a tal efecto contiene la DA 7^a LGSS. En concreto, mientras que a los trabajadores a tiempo completo se les computa todo el periodo de cotización, a los trabajadores a tiempo parcial se les computa dicho periodo teniendo en cuenta exclusivamente las «horas efectivamente trabajadas» si bien atenuado dicho cómputo mediante dos reglas correctoras con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la seguridad social de estos trabajadores: a) en primer lugar, el concepto de «día teórico de cotización», por el que cada cinco horas diarias de trabajo efectivo (1.826 horas anuales es la jornada máxima anual de los trabajadores a tiempo completo) equivale a un día teórico de cotización, b) y, en segundo lugar, mediante la introducción de una regla específica correctora, consistente en un coeficiente multiplicador de 1,5 que, aplicado sobre los días teóricos de cotización, los aumenta facilitando así el acceso a las prestaciones de jubilación e invalidez permanente.

Para el órgano judicial, el hecho de que la DA 7^a LGSS compute exclusivamente las horas trabajadas y no el total del período de cotización (es decir, no compute como cotizado cada día trabajado) supone aplicar una doble penalización al trabajador a tiempo parcial en tanto, de un lado, exige a este tipo de trabajadores proporcionalmente un mayor tiempo de cotización para acceder a una pensión de jubilación y, a su vez, la cuantía de la pensión resulta también proporcionalmente reducida por ser menor la jornada y el salario regulador.

El Juzgado ilustra la situación manifestando que, en el caso concreto de la

computar el 10% de la jornada parcial de los 18 años de trabajo a tiempo parcial, es decir, de un período de 6.564 días; y 329 días, por asimilación, resultado del factor de corrección (1,5) establecido en la Disposición Adicional Séptima de la LGSS.

2. Sobre las relaciones entre las cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC y las prejudiciales ante el TJUE, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «De la primera cuestión prejudicial española a la primera planteada por el Tribunal Constitucional: a vueltas con el principio de irregresividad; el caso de Giménez Zaera», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 102, 2013, pp. 35-72.

demandante en el litigio principal, la aplicación de la DA 7ª LGSS lo que supone es que el pago de cotizaciones durante 18 años al 10% de la jornada equivaldría a un pago de cotizaciones durante un período de menos de 3 años, por lo que, de mantenerse en un contrato parcial de 4 horas a la semana, la Sra. Elbal Moreno tendría que trabajar 100 años para acreditar la carencia mínima necesaria de 15 años que le permitiría el acceso a una pensión de jubilación que, además, sólo sería de 112,93 euros al mes. Por ello, acogiendo los planteamientos de la demandante, considera que la normativa en virtud de la cual se le ha denegado la prestación a la demandante es contraria al principio de igualdad, al exigir un mayor periodo de cotización al trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo incluso con el factor de corrección que supone el multiplicador 1,5 para acceder a una prestación que en todo caso va a ser proporcionalmente más reducida, y considera, asimismo, que la regla española esconde una discriminación indirecta en tanto precisamente son las mujeres trabajadoras las principales usuarias de este tipo de contrato (según las estadísticas el 80% aproximadamente).

Para el juez nacional remitente, la norma española cuestionada, por vulnerar el principio de igualdad, podría resultar contraria a varias normas del Derecho europeo. Así, en sus tres primeras cuestiones prejudiciales, solicita del TJ que examine si la pensión española de jubilación controvertida puede calificarse como «condición de empleo» en el sentido de la cláusula 4ª de la Directiva 97/81³ sobre el trabajo a tiempo parcial⁴ o de «retribución» del art. 157 TFUE y del artículo 1º de la Directiva 2006/54 de desarrollo⁵, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que consagran el principio de igualdad y no discriminación y, de ser así, si se opone dicho principio la pensión contributiva de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. En caso de que dichas normas no fueran aplicables, como cuestión «alternativa», el Juzgado pregunta al TJ si la prohibición de discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, que contempla el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de Seguridad Social, se opondría a una norma nacional que como consecuencia de la doble aplicación del «principio *pro rata temporis*» exige un periodo de cotización proporcionalmente mayor a los trabajadores a tiempo parcial (en su inmensa mayoría, mujeres) en comparación a los trabajadores a tiempo completo para acceder, en su caso, a una pensión de

3. Que estipula que «respecto a las *condiciones de empleo*, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».
4. Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998.
5. «Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el *conjunto de los elementos y condiciones de retribución*».

jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

B. LA RESPUESTA DEL TJUE

1) La pensión de jubilación contributiva no puede calificarse ni de retribución, ni de condición de empleo, sino de pensión de un Régimen legal de la Seguridad Social:

El TJ comienza a examinar el concepto de «retribución» y de «condición de empleo» para determinar la norma europea aplicable. Para el TJ, en primer lugar, la pensión contributiva española de jubilación no puede calificarse como «retribución». Recuerda a tal efecto que están incluidas en el concepto de retribución, en el sentido del artículo 157.2 TFUE, «las pensiones que dependen de la relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de las que se derivan de un régimen legal a cuya financiación contribuyan los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en una medida que depende menos de tal relación de trabajo que de consideraciones de política social», no incluyéndose en este concepto a «los regímenes o prestaciones de seguridad social, como las pensiones de jubilación, regulados directamente por la ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores» (ap. 20).

En segundo lugar, y por lo que se refiere al concepto de «condiciones de empleo» contenido en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre Tiempo parcial, reitera que, también en ellas se incluyen sólo las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, pero no las pensiones legales de seguridad social. Por lo que a una pensión como la discutida en el litigio principal «que, como señala el Gobierno español, es la más general de las pensiones reguladas por el Derecho español», que depende «menos de una relación de trabajo entre trabajadores y empleadores que de consideraciones de orden social» (ap. 21-22) y en la que no existe indicio alguno de que una pensión como la examinada en el litigio principal sólo afecte a una categoría particular de trabajadores –en cuyo caso podría caer dentro del ámbito de las Directivas cuestionadas en las tres primeras cuestiones del órgano judicial nacional (ap. 23-24)–, tampoco le es de aplicación el art. 4 del mencionado Acuerdo.

En consecuencia, tal como solicitaban el INSS, los Gobiernos español y belga y la Comisión Europea, «ni el artículo 157 TFUE ni, por consiguiente, el artículo 4 de la Directiva 2006/54, cuya finalidad es aplicar esa primera disposición, ni la cláusula 4 del Acuerdo Marco pueden considerarse aplicables a una pensión como la controvertida en el litigio principal». Lo que significa, en definitiva, que la pensión controvertida debe ser considerada como una pensión de un Régimen legal de la Seguridad Social y que es aplicable la Directiva 79/77/CEE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, de concurrir su ámbito personal y material. Sin cuestionar que el su-

puesto está dentro del ámbito personal de la Directiva, comprueba si dicha pensión protege contra alguno de los riesgos enumerados en su art. 3.1, concluyendo que la pensión está directa y efectivamente vinculada con la protección contra un riesgo, el de vejez, expresamente contemplado en el mencionado precepto, por lo que procede a responder exclusivamente a la cuarta cuestión prejudicial relativa a la existencia de una discriminación indirecta prohibida bajo el exclusivo prisma de esta norma europea.

2) La configuración de la pensión incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo que, aun justificada, resulta innecesaria para alcanzar el legítimo fin perseguido:

Comprobada la aplicación al caso de la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de seguridad social, entra a examinar si el artículo 4 de esta Directiva, que establece la prohibición de discriminación directa e indirecta particularmente en lo relativo al «ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos», «la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones» «las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones» se opone a una normativa como la del litigio principal.

El TJ recuerda el concepto de discriminación indirecta y afirma que concurra en tanto existe un perjuicio para los trabajadores a tiempo parcial, pues con el método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación se les priva en la práctica de la posibilidad de obtenerla, y ha quedado probado estadísticamente que la norma afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, porque en España al menos el 80 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. La existencia de discriminación es clara, pero sólo resulta contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7 si no se encuentra justificada «por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». La referencia del TJ, en definitiva, al denominado canon de proporcionalidad, a pesar de no contemplarse expresamente por la Directiva (que se limita a prohibir la discriminación indirecta), constituye un elemento reiteradamente incorporado por el TJ en la discriminaciones indirectas desde el asunto *Bilka*⁶ que cristalizará en el art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, hoy derogada por refundida en la Directiva 2006/54/CE donde actualmente se contiene⁷. Por parte española (INSS y Gobierno) se alegaba que la

6. STJ de 13.5.1986, as. *Bilka Kauffhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz Bundesarbeitsgericht* (C-170/84). Por cierto, también en un caso de trabajadoras a tiempo parcial, aunque relativo a las Directiva sobre igualdad y no discriminación en los regímenes profesionales y no en los legales.

7. Frente a la Directiva 97/80/CE, cuyo art. 2.2. definía la discriminación indirecta cuando la disposición aparentemente neutra «afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo», el art. 2.1 de la Directiva 2006/54/CE señala que la disposición, criterio o práctica aparentemente neutra «sitúan a personas de un sexo determinado en desven-

exigencia de unos períodos de cotización previos para poder acceder a determinadas prestaciones constituye la expresión de un objetivo general de política social perseguido por el legislador nacional, al tratarse de una obligación esencial en el marco de un sistema de seguridad social de tipo contributivo y, en particular, al tratarse de una medida adecuada para garantizar el equilibrio financiero del sistema. Asimismo, se ponía el énfasis en la introducción en el sistema español de dos medidas correctoras (días teóricos de cotización: consideración de cinco horas de trabajo efectivo como un día cotizado; y coeficiente multiplicador del 1,5 aplicado sobre dichos días) con el objetivo, precisamente, de facilitar el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial.

Pero el TJUE rechaza que la normativa cuestionada supere el test de proporcionalidad. El hecho de que también los trabajadores a tiempo parcial hayan pagado cotizaciones dirigidas a financiar el sistema de pensiones y que, además, en el caso de recibir una pensión, su cuantía se vea reducida proporcionalmente en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones pagadas, le lleva a concluir que la «exclusión de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal de toda posibilidad de obtener una pensión de jubilación» no constituye una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo, rechazando que las dos medidas correctoras previstas por la normativa española (días teóricos de cotización y coeficiente multiplicador) constituyan una «medida menos gravosa para esos mismos trabajadores» que permita alcanzar el objetivo perseguido pues es evidente que «no consta que esas dos medidas correctoras tengan el menor efecto positivo en la situación de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal» (ap. 36).

Alegada por el Gobierno español la STJ de 16.7.2009, as. *Gómez-Limón Sánchez-Camacho* (C-537/07), para sostener que no se vulnera el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en tanto allí se declaró que la Directiva 79/7/CEE «no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo», el TJ rechaza que dicha doctrina pueda extrapolarse al caso concreto pues lo que allí se interpretaba era el art. 7.1.b) de la Directiva, en virtud del cual los Estados miembros disponen de la facultad de excluir del ámbito de aplicación de la misma la adquisición del derecho a prestaciones de seguridad social después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sin que del auto de remisión se desprenda en ningún momento que tal precepto sea aplicable al litigio principal. De todo ello el TJ concluye que la normativa española se opone al art. 4 de la Directiva 79/7 al exigir «a

taja 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».

los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada».

Declaración relevante y de importantísimos efectos económicos. Para comprender la relevancia efectiva de la Sentencia *Elbal Moreno*, conviene realizar un repaso de los últimos hitos normativos sobre la protección social del trabajo a tiempo parcial en España (II), así como al concreto contenido de la Directiva 79/7/CEE y su restrictiva interpretación jurisprudencial (III). Sólo después, podrán comprenderse algunos de los interrogantes que se abren con esta decisión (IV).

II. EL CONTEXTO NORMATIVO INTERNO: EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

A. LA PROGRESIVA Y TORTUOSA DESPROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

El Estatuto de los Trabajadores originario (Ley 8/1980, de 10 de marzo) regulaba en su art. 12 el trabajo a tiempo parcial como aquél en el que el trabajador presta sus servicios durante un determinado número de días «al año, al mes, o a la semana», o durante un determinado «número de horas» inferior a los 2/3 de los considerados «como habituales en la actividad que se trate en el mismo período de tiempo». No se establecía un límite máximo en la posibilidad de reducción de la jornada, lo que incluía cualquier trabajo esporádico o marginal siempre que en el mismo concurrieran los requisitos propios de laboralidad (dependencia y ajenidad como más relevantes).

Frente a la regla de la LGSS de 1974 que preveía que la base de cotización suponía como mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento «cualquiera que fuera el número de horas que se trabajasen diariamente», el art. 12.2 ET/80 señalaba que la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial se efectuaría «a razón de las horas o días realmente trabajados», lo que parecía derogar tácitamente la regla anterior. Tal derogación efectiva se plasmaría, sin embargo, en un proceso de paulatina degradación de rango normativo. En concreto, el art. 12 ET/80 se desarrollaba reglamentariamente por el RD 1362/1981, de 3 de julio, donde, sin regulación alguna al respecto, se autorizaba al Ministerio de Trabajo Sanidad y Seguridad Social a efectuar las adaptaciones oportunas en las normas de cotización y prestaciones de la Seguridad Social para los contratos de trabajo a tiempo parcial.

Ello dio lugar a la OM de 20.1.1982, por la que se regulaba «con carácter provisional, el régimen de la Seguridad Social y de desempleo para los contratados a tiempo parcial». Esta Orden exclusivamente versaba sobre cotización y no sobre las condiciones exigibles para el reconocimiento de prestaciones, ni

periodos de carencia y tan sólo afirmaba que «la cotización a la Seguridad Social por desempleo y las demás aportaciones que se recauden conjuntamente se efectuarán en razón de las horas o días realmente trabajados en el mes que se considere» (art. 1) contemplando asimismo las reglas para determinar la base de cotización mensual. Pero su Disp. Final 2ª autorizaba, a su vez, a los Subsecretarios de la Seguridad Social y de Empleo y Relaciones Laborales para dictar las normas precisas para la aplicación de tal Orden, lo que se concretó en la Resolución de 1.2.1982 de la Secretaría General de la Seguridad Social sobre afiliación y prestaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial que introdujo la regla de la *proporcionalidad estricta* a la hora de determinar los periodos de carencia exigibles a estos trabajadores para causar derecho a las prestaciones, de modo que, a partir de la misma, tan sólo se computaban las horas o días efectivamente trabajados a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social para causar derecho a prestaciones. Se unifican así la proporcionalidad en la cotización (cotización por horas trabajadas tal y como recogía el ET/80) y el modo de cómputo, también proporcional, para verificar el cumplimiento de los periodos mínimos exigidos para causar derecho a prestaciones⁸. Esto último resultaba dudoso no sólo por la falta de rango normativo para modificar el cómputo de los periodos de carencia establecidos por la LGSS y sus normas de desarrollo, sino por el hecho de que la OM versara sólo sobre cotización, con un exceso entonces de delegación por parte de la Resolución de 1982 al entrar a regular una materia distinta. El RD 1362/1981 sería derogado por el RD 1445/1982, de 25 de junio, que mantenía el régimen de cotización a la SS y, en tanto ausencia de regulación específica, permitía la continuidad aplicativa de la Resolución antedicha y el cómputo de las horas o días efectivamente trabajados a efectos de cotización y a la hora de reunir los periodos mínimos de cotización exigibles.

Tras algunas modificaciones posteriores del concepto de trabajador a tiempo parcial y de las reglas en materia de protección social que no modificaron la regla de la proporcionalidad estricta en los periodos mínimos de cotización exigidos para causar derecho a las prestaciones de la Resolución de 1982, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26.5.1993, dictada en unificación de doctrina, tuvo que declarar que la Resolución de 1.2.1982 carecía de eficacia normativa para entender modificado para los contratos a tiempo parcial el régimen jurídico establecido en la LGSS y sus normas de

8. La regla general del cómputo por horas en la que el número de días teóricos computables es el resultado de dividir la suma de horas efectivamente trabajadas entre el número de las que constituyen la jornada habitual para la actividad de que se trate, se completaba con dos normas especiales que ponderan las dificultades para reunir el periodo de cotización por parte de los trabajadores de cotizaciones reducidas a días o horas consecuencia de las carencias cualificadas pero sólo para las prestaciones de incapacidad permanente y la incapacidad transitoria por maternidad: DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I., «Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, nº 85, 1998, p. 95.

desarrollo en cuanto al «cómputo del período de cotización exigible para causar derecho a la referida prestación» por insuficiencia de rango normativo para producir una modificación de la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo⁹.

Así las cosas, se sucedieron nuevas modificaciones hasta llegar a la regulación contenida en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante, ET/95). El art. 12 del ET/95 considera como trabajo a tiempo parcial el que se presta un número de horas al día a la semana, al mes o al año inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos periodos de tiempo: art. 12.1) y en materia de seguridad social se sigue señalando que la base de cotización y demás aportaciones «estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas» (art. 12.3.1º) y que «para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas» remitiendo igualmente a un desarrollo reglamentario para determinar «la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos» (art. 12.3.2º)¹⁰.

B. LA CONSIDERACIÓN DE LA DOBLE PROPORCIONALIDAD ESTRICTA COMO INCONSTITUCIONAL POR LA STC 253/2004

La protección social del trabajo a tiempo parcial así regulada, regida por la regla de la doble proporcionalidad «estricta»¹¹, de modo que para determinar los períodos mínimos de cotización exigidos para causar derecho a las prestaciones se computan exclusivamente las horas efectivamente trabajadas de realizarse

-
9. Razonaba, asimismo, que el art. 3.4 RD 625/1985, que considera en el tiempo parcial cada día trabajado como día cotizado a efectos de alcanzar el periodo mínimo exigible para causar una prestación de desempleo –y en la que la menor cotización sólo tiene incidencia en la base reguladora (y en la cuantía como consecuencia)– constituía entonces el criterio válido incluso para prestaciones distintas (en el caso se dilucidaba una incapacidad laboral transitoria). Porque el RD 1365/81 no tenía facultades para habilitar a una norma inferior para regular el cómputo de los periodos de carencia a tiempo parcial y la OM 1.2.1982 sobre cotizaciones tampoco podía entenderse correctamente desarrollada por una resolución administrativa sobre prestaciones. Al respecto: DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I., «Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», *op. cit.*, p. 96.
10. El resto del art. 12 ET/95, en fiel refundición, reproduce el art. 4 de la Ley 42/1994.
11. LÓPEZ GANDÍA, J., «Trabajo a tiempo parcial y protección social: valor de las cotizaciones y retroactividad de las normas», *op. cit.*, p. 57. En la misma línea: ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo», en AA.VV., *Reformas de la Legislación Laboral (Estudios jurídicos dedicados al profesor Manuel Alonso García)*, Madrid, 1995, p. 175 y ROQUETA BUJ, R., *La protección social de los Trabajadores a Tiempo Parcial* (Marcial Pons), *op. cit.*, p. 115.

un trabajo a tiempo parcial¹², exigiendo con ello acreditar más años (el doble, en el caso de un trabajador que realizase la mitad de la jornada a tiempo completo) y, en el caso de que se logre acceder a la prestación, obteniendo una pensión de menor cuantía por ser menor el tiempo trabajado y cotizado, fue declarada inconstitucional por la STC 253/2004, de 22 de diciembre, de Pleno.

Para el TC se vulnera, en primer lugar, el principio de igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, no en la cuantía de la prestación, que considera proporcionada al menor esfuerzo contributivo, sino en el «cálculo del período de carencia» exigido para tener derecho a una pensión, por desproporcionada, en tanto el trabajador a tiempo parcial a media jornada, necesitaría trabajar «el doble de tiempo que un trabajador a tiempo completo para cubrir el tiempo de carencia exigida». Pero, igualmente, declara que la normativa constituye una discriminación indirecta por razón de sexo al haberse acreditado que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino, rechazando las razones justificativas alegadas por el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado consistentes en que se trata de «una medida de activación del empleo» que ha de contemplarse, en cuanto a la protección social, desde la premisa del «principio de contributividad que preside el sistema de Seguridad Social» y con la finalidad de «garantizar el equilibrio financiero del sistema», pues justificarían la cuantía de la pensión pero no para los periodos de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social.

La sentencia cuenta con el voto particular disidente del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas¹³. Pero su doctrina mayoritaria se aplicará posteriormente a otros dos casos examinados por el TC relativos a pensiones de análogo contenido, invalidez permanente derivada de enfermedad común¹⁴ y una pensión de jubilación¹⁵, aunque no se extiende a otros supuestos¹⁶.

C. LA NORMATIVA POSTERIOR

En el momento de dictarse la STC 253/2004 ya se encontraba en vigor otra regulación para el cómputo del periodo de carencia de los trabajadores con contrato a tiempo parcial si bien no era aplicable al caso enjuiciado. En concreto, el RD-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, daba una nueva redacción al art. 12 LET con una

12. Aunque el RD 2319/1993 aludía a horas y días, este último módulo se suprime por la Ley 42/1994, lo que se traslada al ET/95 originario.

13. Sustentado en la incorrección de la CI planteada, en la consideración del derecho a la Seguridad Social como un derecho de configuración legal, en la preeminencia del principio de contributividad y en la confusión a la que aboca equiparar periodos de cotización exigidos con periodos de permanencia en el sistema.

14. STC 49/2005, de 14 de marzo.

15. STC 50/2005, también de 14 de marzo.

16. Como los de reducción de jornada: ATC 200/2007, de 27 de marzo.

nueva tipificación del trabajo a tiempo parcial¹⁷ y despojaba al art. 12 ET de sus contenidos de Seguridad Social desplazándolos al art. 1661.1 LGSS y a la Disposición Adicional Séptima LGSS reformada, convirtiendo a esta última norma en el núcleo normativo básico a efectos de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial y manteniéndose los aspectos laborales de este contrato en el ET. Y lo más importante en lo que aquí interesa: aunque la norma mantiene el criterio de proporcionalidad, introduce por vez primera dos criterios correctores con la finalidad de facilitar el acceso a las prestaciones a este tipo de trabajadores: el concepto de día teórico de cotización y un coeficiente multiplicador aplicado a dichos días. En la actualidad estas reglas sobre la protección social se mantienen.

Con la reforma del art. 12 ET llevada a cabo por el RD Ley 5/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, posterior Ley 12/2001, de 9 de julio, se deroga el límite cuantitativo del 77% como máximo de la jornada susceptible de realizarse a tiempo parcial, considerándose como tal cualquiera en el que se presten 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» entendiéndose por tal al «trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar» o la jornada establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal. Manteniéndose este concepto en las posteriores reformas de contenido laboral. Y en cuanto a la protección social, serán el 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 parcial¹⁸, y la Disposición Adicional 7ª de la LGSS¹⁹, las normas actualmente vigentes en esta materia.

17. Considerando que existe cuando se acuerde la prestación de servicios «durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior al 77 por 100 de la jornada a tiempo completo establecida en el Convenio Colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal». Sobre estas modificaciones puede verse en ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial», *Revista de Derecho Social*, nº 5, 1999, p. 231; LOUSADA AROCHENA, J. F., «El cómputo de la carencia para las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial», *Poder Judicial*, nº 43/44, 1994, p. 294; PANIZO ROBLES, J. A., «Trabajo a tiempo parcial y protección social», en AA.VV., *Trabajo a Tiempo Parcial*, Francis Lefevre, Madrid, 1999, p. 145; ROQUETA BUJ, R., *La protección social de los Trabajadores a Tiempo Parcial*, *op. cit.*, p. 18 ss.
18. Su examen con carácter general puede encontrarse en CAVAS MARTÍNEZ, F., «La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio», *Aranzadi Social*, nº 5, 2005, pp. 305-326; LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Bomarzo, Albacete, 2010; PANIZO ROBLES, J. A., «La nueva regulación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (Comentarios al RD 1131/2002, de 31 de octubre)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, pp. 151-189; RUÍZ SALVADOR, J. A., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Bomarzo, Albacete, 2004.
19. DA 7ª LGSS modificada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Disposición Adicional 18ª.19) fijando que los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones se computan exclusivamente teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabaja-

La actual normativa mantiene el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas (DA 7^a.1 LGSS²⁰ y art. 3.1. RD 1131/2002) a fin de acreditar los periodos de cotización exigidos para causar derecho a las prestaciones de seguridad social de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad²¹. A tal fin se computan las horas trabajadas tanto ordinarias como complementarias²², se tienen en cuenta los días que se derivan de las pagas extraordinarias²³, como ha

-
- das, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, de suerte que el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales y con matizaciones para determinar la base reguladora de las prestaciones por maternidad y por paternidad; la Ley 27/2011, a partir del 1 de enero de 2012, extendiendo las reglas a los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social a partir del 1 de enero de 2012; la Ley 2/2008, de 23 de diciembre (LPGE para 2009) cuya DF 3^a incluye el reconocimiento de las prestaciones de maternidad y paternidad mediante resolución provisional del INSS tomando la última base de cotización –nuevo apartado d) de la DA 7^a LGSS–; y, de momento finalmente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, añadiendo el apartado 3 de esta DA 7^a LGSS a fin de establecer el régimen jurídico de la cotización por las horas extraordinarias realizadas por trabajadores contratados a tiempo parcial habida cuenta de que la reforma les permite su realización).
20. Ap. 1 regla 2^a a) modificada por disp. adic. 18.19.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.
 21. No para el desempleo, pues en aplicación de la DA 7^a.1.4^a LGSS, el art. 2.2 RD 1131/2002 señala que «en materia de protección por desempleo, será de aplicación su normativa específica conforme a lo establecido en la regla cuarta del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social».
 22. Existe doctrina que incluye las horas extraordinarias que, a partir de la reforma de 2012, también pueden realizar este tipo de trabajadores (FERRADANS CARAMÉS, C., «La aplicación del principio de no discriminación al modo de cálculo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial», en *XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, p. 7). Sin embargo la dicción literal de la DA 7.3 LGSS («la cotización por horas extraordinarias de los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial se computará exclusivamente a efectos de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación; de las prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes; así como de las prestaciones por maternidad y por paternidad»), el hecho de que el art. 12.4.c ET declare expresamente que tales horas exclusivamente «computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones» y que el legislador haya tenido posteriores oportunidades de reformar la norma y haya mantenido la dicción de la LGSS.
 23. La Administración de la Seguridad Social viene en la práctica aplicando los días cuota para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social: PANIZO ROBLES, J. A., «La nueva regulación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (Comentarios al RD 1131/2002, de 31 de octubre)», *op. cit.*, p. 169. Pagas extraordinarias que han de calcularse sobre los días reales cotizados y antes de calcular los días teóricos porque la bonificación lo es para mejorar la situación de los beneficiarios de trabajo a tiempo parcial (LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, *op. cit.*, p. 23).

aclarado el TS²⁴, y no parece que en el número de horas cotizadas deba incluirse la parte proporcional de los descansos correspondientes ni de las vacaciones²⁵

Del mismo modo, se mantiene el sistema promocional²⁶ y no estrictamente proporcional que ya se incluyera en 1998 con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial. Las reglas correctoras son las siguientes:

a) Fijación con carácter general del concepto de día teórico de cotización: el conjunto de horas efectivamente trabajadas se divide entre 5, al ser 5 horas diarias de trabajo efectivo el equivalente diario del cómputo de las 1826 horas anuales²⁷ (que es la duración máxima de la jornada anual según el art. 34.1 LET, excluidas las horas extraordinarias), de suerte que para acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y ma-

24. El TS ha aclarado que en el cálculo del período de carencia necesario para que un trabajador a tiempo parcial pueda acceder a una pensión por incapacidad permanente (absoluta) deben computarse los días-cuota, puesto que no es posible mantener que cada día trabajado es un día cotizado con independencia de que sea a tiempo parcial o a jornada completa, dado que el art. 3.2 del RD 1131/2002 establece expresamente que la multiplicación de las horas trabajadas por el coeficiente 1,5 se hace para hallar únicamente los días teóricos de cotización correspondientes a la jornada de trabajo (STS de 25 de junio de 2008, RCUd núm. 2502/2007; STS de 28 de enero de 2013, rec. 812/2012).
25. Aunque se ha alegado, con razón, que en vacaciones y descansos no existe trabajo pero sí cotización y liquidación de cuotas, para considerar que deben incluirse proporcionalmente tales horas (FERRADANS CARAMÉS, C., «La aplicación del principio de no discriminación al modo de cálculo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial», p. 10), lo cierto es que establecerse como divisor para el cómputo de los días teóricos de cotización el de 5 horas por día, llevaría a entender que ya en dicha operación estarían incluidas sus partes proporcionales (en este sentido: LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, op. cit., p. 21).
26. LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, op. cit., p. 20.
27. La fórmula para llegar al cálculo de dicha jornada laboral efectiva es la siguiente: a los 365 días del año se deben restar 52 domingos, 14 festivos y 25 días de vacaciones (se restan a los 30 días de vacaciones los 5 domingos que incluyen las mismas al haberse ya restado anteriormente. De este modo $365 - 52 - 14 - 25 = 274$ días. Teniendo en cuenta que la normativa establece 40 horas semanales de jornada máxima legal, repartidas entre 6 días que se trabaja a la semana (de lunes a sábado) dan un total de 6,66 horas de jornada laboral diaria (resultado de dividir $40/6 = 6,66$ horas). Si los laborales en el año son 274 se multiplican por 6,66 horas laborales diarias, el resultado exacto sería el de 1826,7 horas laborales al año. En puridad, como ha puesto de manifiesto la doctrina, los cálculos realizados por el legislador no son exactos, ya que mientras un trabajador a tiempo completo cotizará 365 días trabajando 225 (365 menos 30 de vacaciones, 14 festivos y 96 sábados y domingos), el trabajador a tiempo parcial que trabaje 8 horas durante 225 días no cotizará los días señalados, sino 360: ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial», op. cit., p. 233. Por lo tanto, en lugar de ser 5 el equivalente diario de 1826 horas de trabajo, la cifra correcta hubiera sido 4.9.

ternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización (cada día se obtiene por 5 horas de trabajo efectivo) equiparándose la fracción de día a un día completo.

b) En el supuesto de la pensión de jubilación y de la incapacidad permanente²⁸, el número de días teóricos de cotización obtenidos aplicando la regla anterior se incrementa mediante la aplicación de un coeficiente multiplicador del 1,5.

El producto resultante constituye el número de días (años) cotizados para la determinación de los periodos mínimos de cotización si bien, en ningún caso, podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación laboral a tiempo completo (art. 3.6 RD 1131/2002). El tiempo de cotización que resulte acreditado conforme a estas normas se computará para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. La fracción de año que pueda resultar se computará como un año completo (DA 7^a3.c, art. 8 RD 1131/2002).

D. EL CUESTIONAMIENTO DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA «CORRECTORA»: SU PRESUNTA CONFORMIDAD INTERNA SE OPONE, SIN EMBARGO, AL DERECHO DE LA UNIÓN

Frente a la regla inicial de la «estricta» proporcionalidad para calcular el periodo de cotización exigido para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente y de jubilación, la nueva normativa busca adecuarse a las «peculiaridades» que el trabajo a tiempo parcial ocasiona en un sistema contributivo y, en concreto, busca facilitar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial pero sin olvidar que en estos casos se realiza un menor esfuerzo contributivo. La regla del coeficiente multiplicador de 1,5 parecía constituir un razonable criterio en el intento de favorecer la carencia exigida para tener derecho a las prestaciones por parte de este tipo de trabajadores. De hecho, la conformidad con los parámetros del derecho a la igualdad y no discriminación de esta nueva «proporcionalidad» aportada por el coeficiente multiplicador había sido afirmada de modo implícito por el TC en lo que se refiere al cómputo de los periodos de cotización y de modo expreso por el Tribunal Supremo.

En cuanto al cómputo de los periodos de cotización, la propia STC 253/2004, *obiter dictum*, afirmaba en el FJ 6^o que «el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en la norma cuestionada» (art. 12.4 ET) al introducir «una nueva regulación en la materia, inspirada en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo

28. Existen además particularidades previstas para las prestaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad.

parcial a las prestaciones de la Seguridad Social». Declaración en la que se apoyará el Tribunal Supremo para afirmar que la misma «implica la declaración de validez de la nueva norma que, por otra parte hemos de aplicar en tanto no fuera declarada no ajustada a la Constitución por aquel Tribunal único competente para ello». La declaración de validez de las normas contenidas en la DA 7ª LGSS y el RD 1131/2002 se afirmará así en varias sentencias para el mecanismo «corrector» para la determinación de los periodos de cotización²⁹, en las que se deniega la prestación de jubilación solicitada por las trabajadoras, también limpiadoras, por considerar inexistente la alegada discriminación entre los trabajadores a tiempo parcial y los de tiempo completo³⁰.

La bendición constitucional y jurisprudencial de la «doble penalización corregida» a nivel interno se topa, sin embargo, con su falta de conformidad con el Derecho de la Unión Europea con la STJ de 22.11.2012, as. *Elbal Moreno* (C-385/11) que declara que nuestra normativa interna para calcular el periodo de cotización de los trabajadores a tiempo parcial es contrario al artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE.

III. EL CONTEXTO NORMATIVO EUROPEO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL: LA DIRECTIVA 79/7/CEE

La Sentencia del caso *Elbal Moreno* se sustenta jurídicamente en la Directiva 79/7 para mantener que la regulación actual del Reino de España se opone al Derecho de la Unión. Tal afirmación y sustento jurídico, de enorme trascendencia para el Derecho español, resulta igualmente importante para el Derecho de la Unión pues supone un cierto cambio de rumbo en la restrictiva interpretación judicial que ha venido caracterizando a esta Directiva.

En efecto, como es sabido, el principio de igualdad de trato entre hombre y mujer en los Tratados originarios encubría una estricta finalidad económica más que una finalidad social quedando por ello ceñido al ámbito retributivo en el art. 119 TCEE. Fuera de esta mención, el principio de igualdad no recibía ninguna otra proyección en el ámbito social. Esta visión reductiva del principio de igualdad comienza a transformarse a partir de la aprobación del Programa de Acción Social de 1974 donde, a pesar de no contemplarse expresamente una regulación sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social, reconoce entre sus objetivos el de «emprender acciones con el fin de garantizar la igualdad de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y a la formación y la promoción profesionales así como las condiciones de trabajo». Para la puesta en práctica de tal objetivo, el propio Programa remite a la utilización de las disposiciones de los distintos Tratados, incluido el uso del art. 235 TCEE, sobre cuya base normativa se aprueban la Directiva 75/117/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad retributiva y la Directiva 76/207/CEE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el

29. SSTS 23.10.2008, rec. 3289/2007 y STS 23.2.2009, rec. 1299/2008.

30. SSTS 16.10.2007, RJ 9397 y 11.6.2008, RJ 5155.

acceso al empleo, en la formación y promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. Es esta última Directiva la que contiene el «germen de la extensión» del principio de igualdad a la protección social. Tras reconocer que dicho principio es uno de los objetivos de la Comunidad y que en el Tratado no se habían previsto los poderes de acción necesarios para hacerlo efectivo, esta Directiva considera que es conveniente definir y aplicar progresivamente por medio de instrumentos ulteriores el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social³¹.

Esta remisión a un instrumento específico posterior cristaliza finalmente con la aprobación de una serie de Directivas que recogen este principio en materia de Seguridad Social³². La primera de ellas, la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (regímenes legales). Posteriormente, y en desarrollo de la misma, se aprueba la Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre aplicación de este principio a los regímenes profesionales de Seguridad Social y con la Directiva 86/613/CEE, de 11 de diciembre de 1986, sobre la aplicación del principio entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad. En la actualidad, salvo la Directiva 79/7 relativa a los regímenes legales de la Seguridad Social, todas estas Directivas iniciales sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social han sido derogadas³³.

Es decir, la única Directiva no modificada y que pervive desde sus orígenes con un acentuado y volitivo carácter restrictivo es, precisamente, la que ahora se aplica como sustento para declarar la disconformidad de la normativa española al Derecho de la Unión. Una Directiva que tan sólo pretende aplicar el principio de igualdad de trato «progresivamente», en relación con los regímenes «legales» de Seguridad Social y exclusivamente respecto a unos riesgos muy determinados (art. 1). De ahí que no resulte baladí examinar el contenido de la Directiva y la que viene siendo su interpretación judicial.

31. Directiva 76/207/CEE: artículo 1.2: «Con el objeto de garantizar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, disposiciones que precisarán especialmente el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación».
32. Una visión global sobre este conjunto de Directivas puede verse en NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; LÓPEZ CUMBRE, L.; y MORON, R., «El principio de igualdad de trato en las Directivas comunitarias en materia de Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 12, 1998, pp. 133-182.
33. Así la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (art. 34) deroga las primeras, para refundirlas. Por su parte, la relativa a los autónomos, incluida su protección social, ha sido también derogada posteriormente por la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

A. LA APLICACIÓN EXCLUSIVA DE LA DIRECTIVA A LOS RÉGIMENES LEGALES QUE GARANTICEN A LA POBLACIÓN ACTIVA UNA PROTECCIÓN CONTRA UNOS RIESGOS DETERMINADOS

La primera restricción derivada de la Directiva es su propio ámbito de aplicación. No toda discriminación en la configuración del régimen jurídico de una «pensión» cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sino, exclusiva y excluyentemente, las de los Regímenes Legales de Seguridad Social. Si ello parece claro en su comprensión, la realidad demuestra que no lo es tanto. La existencia de una Directiva específica, la Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres «en los regímenes profesionales de seguridad social»³⁴, obliga siempre a deslindar entre los denominados regímenes «profesionales» o complementarios y los regímenes «legales», lo que resulta trascendente en tanto el TJ ha declarado reiteradamente que todas las formas de pensiones de los regímenes profesionales deben considerarse «retribución» a efectos del actual art. 157 TFUE (anterior art. 141)³⁵. De hecho la derogación de la Directiva específica sobre regímenes profesionales y su recepción dentro de la Directiva 2006/54 responde al objetivo de incorporar tal jurisprudencia (considerando 13 de esta última). Del mismo modo, las pensiones de los regímenes profesionales pueden ser calificadas de «condiciones de empleo» en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre tiempo parcial³⁶. Por el contrario, si la pensión se encuadra en un régimen legal de la Seguridad Social de la Directiva 79/7, ello no es posible. De este modo no se consideraría una discriminación un distinto tratamiento y régimen jurídico de las pensiones legales por diferente edad por sexos, porque la propia Directiva 79/7 lo permite, lo que resultaría impensable en pensiones sometidas al régimen profesional.

Hasta el momento para que una pensión sea considerada retribución, a decir del TJ, la misma debe «depender de la relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador»³⁷. Criterio del empleo que, aunque por lo general puede tener carácter decisivo, no es exclusivo «ya que las pensiones abonadas

34. La propuesta inicial de esta Directiva presentada por el Consejo presentada a la Comisión en 1977 establecía su aplicación a todos los regímenes, tanto legales como profesionales, públicos o privados. Sin embargo en su redacción final se limitó exclusivamente a los regímenes legales, si bien para llenar el vacío su art. 3.3 precisa que para garantizar el principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales el Consejo adoptará las disposiciones pertinentes lo que más adelante se concretará en la Directiva 86/378/CEE modificada por la Directiva 96/97, de 20 de diciembre de 1996 y derogada por la Directiva 2006/54.

35. STJ de 17.5.90, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* (C-262/88), si bien para aquellos supuestos posteriores a esta sentencia.

36. STJ de 10.6.2010, as. *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v. Tiziana Bruno, Massimo Pettini* (C-395/08), *Daniela Lotti, Clara Matteucci* (C-396/08), ap. 42.

37. Entre otras, STJ de 25.5.1971, as. *Defrenne* (C-80/70), ap. 7 y 8; STJ de 13.5.1986, as. *Bilka* (C-170/84), ap. 16-22; STJ de 10.6.2010, as. *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v. Tiziana Bruno, Massimo Pettini* (C-395/08), *Daniela Lotti, Clara Matteucci* (C-396/08), ap. 41.

por regímenes legales de seguridad social pueden tener en cuenta, total o parcialmente, la retribución de la actividad», pensiones éstas que «no constituyen retribuciones en el sentido del artículo 141 CE»³⁸ (actual 157), difuminando con ello la distinción. La jurisprudencia del TJ ha incluido dentro del concepto de pensiones equivalentes a retribución (extra muros, por lo tanto, de la Directiva 79/7) todas aquellas en las que concurren los requisitos de vinculación con el empleo aunque estén administradas por un organismo público que, a su vez, gestione el sistema de Seguridad Social legal³⁹ y todas aquellas en las que la pensión sólo afecta a una categoría particular de trabajadores cuando está directamente vinculada a los años de servicio cumplidos y su cuantía se calcula basándose en el último sueldo, excluyendo por ello del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CE los regímenes de pensiones para los funcionarios públicos⁴⁰ que quedan así sometidas a la Directiva de regímenes profesionales (hoy dentro de la Directiva 2006/54).

En general, cabe decir que de la doctrina judicial se desprende que destroe la aplicación del principio de igualdad en los regímenes profesionales o complementarios se consideran los regímenes libremente constituidos nacidos de la decisión unilateral de las empresas o establecidos en la negociación colectiva, aunque en ocasiones también los establecidos por una norma legal (como aquellos que sólo se proyectan sobre una categoría de trabajadores). En tales casos las pensiones se someten sin fisuras al principio de igualdad entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, y al principio de no discriminación por razón de sexo.

El problema se cierne entonces en deslindar cuándo hablamos de pensiones incluidas en regímenes «legales» de la Seguridad Social, únicas a las que es de aplicación la Directiva 79/7. Hasta ahora el TJ venía señalando que son aquellas 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»⁴¹, sin que sea relevante su financiación, pues puede ser tanto contributiva como financiada por el erario público⁴².

En el asunto *Elbal Moreno* se rechaza que la pensión de jubilación contributiva española sea una pensión de un régimen complementario, por ello no puede

38. STJ de 23.10.2003, as. *Hilde Schönheit y Stadt Frankfurt am Main* (C-4/02), y entre *Silvia Becker y Land Hessen* (C-5/02), ap. 56 y 57, con cita de jurisprudencia anterior.

39. STJ de 1.4.2008, as. *Maruko* (C-267/06), ap. 57; STJ de 10.6.2010, as. *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v. Tiziana Bruno, Massimo Pettini* (C-395/08), *Daniela Lotti, Clara Matteucci* (C-396/08), ap.51.

40. STJ de 28.8.1994, as. *Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds/G. A. Beune* (C-7/93); y, STJ de 12.8.2002, as. *Pirkko Niemi* (C-351/00). Un estudio completo de estos supuestos en HEIDE, I., *Gender Roles And Sex Equality: European Solutions to Social Security Disputes*, ILO, Ginebra, 2004.

41. Vid. nota 49.

42. STJ de 19.10.1995, as. *The Queen c. The Secretary Of State For Health, Ex Parte: Cyril Richardson* (C-137/94).

considerarse ni retribución ni condición de empleo, y se afirma que pertenece a un régimen legal, al ser la más general de las prestaciones de Seguridad Social, ayudando a clarificar el concepto al señalar que en ella no ha existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada y es obligatoriamente aplicable a categorías generales de trabajadores (ap. 20). Se enmarca así la pensión en la Directiva más restrictiva y en la que se permiten sin tapujos diferencias de trato por razón de sexo en determinados supuestos.

Una de las cuestiones que no analiza el asunto *Elbal Moreno* es el de si el supuesto controvertido se encuentra dentro del ámbito subjetivo de la Directiva 79/7, dándolo por presupuesto. Lo que es lógico habida cuenta de su amplitud ya que se aplica a todos los trabajadores, incluidos los autónomos⁴³, desempleados, parados e inválidos y es válido para personas que trabajan tanto en los Estados Miembros como en el EFTA. La interpretación del TJ se ha ido además flexibilizando en este aspecto, si bien, en todo caso, siempre exige algún vínculo con el mercado de trabajo⁴⁴ impidiendo a los órganos judiciales nacionales aplicar el principio de igualdad invocado por personas no subsumibles en su ámbito de aplicación personal aunque lo que se cuestione sea un régimen legal de Seguridad Social⁴⁵. La doctrina general en la materia la contienen los asuntos acumulados *J.E.G. Achterberg-te Riele* afirmando que «la Directiva no se aplica ni a las personas que no han ejercido una actividad, ni a las que han ejercido una actividad que no se ha visto interrumpida por alguna de las contingencias mencionadas en el art. 3.1.a) cuando estas personas no son demandantes de empleo, careciendo de influencia el hecho de que la persona afectada haya cesado de trabajar y ya no sea demandante de empleo»⁴⁶. Idea en la que insiste el asunto *B.A. Zücher* que reconoce que la población activa es un concepto muy amplio puesto que «comprende a cualquier trabajador, incluido el que simplemente esté buscando empleo» aunque no pueda aplicarse a personas que «nunca fueron demandantes de empleo o que han dejado de serlo» por una causa distinta de las contingencias mencionadas en la Directiva señalando, además, que el concepto de «actividad» al que va referido la expresión población activa «sólo puede entenderse, como mínimo, a una actividad económica, es decir, a una actividad ejercida a cambio de una contraprestación en sentido

43. Un ejemplo en STJ de 30.4.2004, as. *Robert Bourgard c. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti)* (C-172/02).

44. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Igualdad y Sistemas de Seguridad Social: efectos de la incorporación de las mujeres al trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº extra 1, 2007, p. 100.

45. STJ de 11.7.1991, as. ac. *A. Verholen y Sociale Verzekeringsbank, T. H. M. van Wettenvan Uden y Sociale Verzekeringsbank y G. H. Heiderijk y Sociale Verzekeringsbank* (C-87 a 89/90); STJ de 24.2.1994, as. *Roks y otros c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belanger y otros* (C-343/92), ap. 42.

46. Aunque sea «antes de expirar el plazo para la adaptación del Derecho interno a la Directiva», por lo que, en tales casos, los excluidos del ámbito subjetivo de la Directiva «no pueden alegar su art. 4 que define el alcance del principio de igualdad de trato»: STJ de 27 de junio de 1989, as. ac. *J.E.G. Achterberg-te Riele y otros c. Sociales Verzekeringsbank de Amsterdam* (C-48, 106 y 107/88), ap. 9.

amplio». Tal configuración del ámbito personal, aunque incluye muchos supuestos, ha permitido excluir de la misma a personas que desarrollan una «actividad no retributiva consistente en ocuparse de su cónyuge minusválido» cuando la persona que desarrolla tal actividad «no ha abandonado una actividad profesional ni ha interrumpido la búsqueda de un empleo», como ocurría en el asunto *Züchner*⁴⁷, pero sí cuando se abandona el empleo previo para atender a la invalidez de un progenitor, en tanto la interrupción del trabajo se produce como consecuencia de uno de los riesgos establecidos expresamente en el art. 3 (la invalidez), como en el asunto *Drake*⁴⁸, o para ocuparse de la educación de su hija cuando luego no se puede volver a trabajar por impedírselo una enfermedad, si bien «únicamente en el caso de que dicha persona haya estado buscando empleo y esa búsqueda haya sido interrumpida por la materialización de alguno de los riesgos contemplados en la Directiva, como en asunto *Rita Johnson*»⁴⁹. En consecuencia, de la jurisprudencia en la materia se concluye que la Directiva no puede aplicarse a las personas que no ejerzan ninguna actividad, que no sean demandantes de empleo, ni a las personas cuya actividad o búsqueda de empleo no haya sido interrumpida por una de las contingencias de la Directiva pues para el TJ «otra interpretación sería ampliar ilimitadamente el ámbito de la Directiva cuando precisamente el art. 2 de la misma lo que trata es de delimitarlo»⁵⁰. Lo que no era el caso en el asunto *Elbal Moreno* donde la interesada estaba trabajando hasta la materialización del riesgo.

Es por tanto el ámbito objetivo el elemento relevante pues para el TJ la prestación o pensión del régimen legal ha de estar «indisolublemente vinculada a la protección frente a uno de los riesgos enumerados» en el art. 3.1 de la Directiva, siendo inaplicable en otro caso⁵¹. En concreto, los riesgos protegidos por los regímenes legales a los que hace referencia la Directiva son la enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional, desempleo (art. 3.1.a), o una forma de ayuda social que tenga el mismo objetivo que estos riesgos y esté destinada a completar o suplir estos regímenes (art. 3.1.b). Pero

-
47. En el caso concreto, el Sr. Züchner que ejercía una actividad profesional quedó parapléjico como consecuencia de un accidente y depende de una persona para sus cuidados generales. La Sra. Züchner, que no ejercía ninguna actividad profesional en el momento en que su marido tiene el accidente, se encarga de todos los cuidados y pretende que se le compense alegando que para dispensar dichos cuidados es necesaria cierta formación y que si no lo hace ella tendrían que contratar a un hospital o a un asistente a cambio de una retribución, lo que rechaza el TJ por no ser aplicable la Directiva 79/7: STJ de 7.11.1996, as. *Bruna-Alessandra Züchner c. Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen (C-77/95)*.
48. STJ de 24.6.1986, as. *Jacqueline Drake c. Chief Adjudication Officer (C-150/85)*.
49. STJ de 11.7.1991, as. *Elsie Rita Johnson c. Chief Adjudication Officer (C-31/90)*, donde se precisa que no procede hacer distinciones según el motivo por el que esa persona dejó un empleo anterior pues lo importante es si estaba efectivamente buscando empleo en el momento de materializarse alguno de los riesgos cubiertos por la Directiva.
50. STJ de 7.11.1996, as. *Bruna-Alessandra Züchner c. Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen (C-77/95)*, ap. 15.
51. STJ de 30.1.1997, as. *Livia Balestra contra Istituto nazionali della previdenza sociale (INPS) (C-139/95)*.

la Directiva no se aplica a las disposiciones relativas a las prestaciones a favor de los supervivientes, ni a las que se refieren a prestaciones familiares, excepto si se configuran como un aumento de las prestaciones debidas en razón de los riesgos expresamente incluidos (art. 3.2). Ni tampoco a la maternidad, excluida porque se entiende que sus disposiciones no vulneran el principio de igualdad (art. 4.2). A la hora de interpretar el ámbito objetivo el TJ ha considerado que una revalorización de las pensiones de vejez queda incluida por tratarse de una protección directa del riesgo de vejez⁵², pero no así una prestación especial de transporte público (reducción del precio) concedida a personas que han superado una determinada edad o que se encuentran en situación de invalidez porque no protege directamente contra ninguno de los riesgos incluidos en la Directiva al no ser suficiente que el beneficiario se encuentre de hecho en una de las situaciones previstas en el art. 3.1.a, sino que la propia ayuda social esté destinada «a completar» los riesgos contemplados en dicho precepto (asunto *Atkins*)⁵³. Tampoco ha incluido una prestación por crianza de hijos no contributiva, porque la Directiva no se aplica a las prestaciones familiares que no se conceden como aumento de las prestaciones debidas en razón de alguno de los riesgos previstos (asunto *Hoover*)⁵⁴. En el caso *Elbal Moreno* se afirma sin fisuras, como no podía ser de otro modo, que la pensión controvertida protege contra el riesgo de vejez, uno de los contemplados expresamente en la Directiva 79/7.

B. CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad de trato viene definido en el art. 4.1 de la Directiva con el siguiente tenor literal: «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». Asimismo, para que ese principio de igualdad formal no genere discriminaciones materiales, el propio art. 4.2 se encarga de clarificar que el principio de igualdad de trato «no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad» a fin de que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho. La Directiva refiere la exigencia de igualdad únicamente al sexo, pero el TJ la ha extendido también a aquellos casos en que las discriminaciones tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado⁵⁵. Pero

52. STJ de 20.10.2011, as. *Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt* (C-123/10).

53. STJ de 11.6.1996, as. *Stanley Charles Atkins y Wrekin District Council, Department of Transport* (C-228/94).

54. STJ de 10.10.1996, as. *I. Hoever e I. Zachow* (C-254/94).

55. Recogiendo la doctrina del asunto *PS*, STJ de 30.4.1996 (C-13/94) dictada a propósito de la Directiva 76/207/CEE (doctrina que luego incorporará expresamente la Directiva 2006/54), también la STJ de 27.4.2006, as. *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions* (C-423/04), ap. 24, extiende el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE a un supuesto de un transexual sometido a operación quirúrgica de cambio de sexo masculino a femenino declarando en el caso concreto que se opone dicha Directiva y el principio de no discriminación en ella contenido: «una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65

no se aplica en relación con otra causa posible de discriminación. El alcance de la prohibición de discriminación por razón de sexo se extiende expresamente a todo el conjunto de las técnicas de Seguridad Social: campo de aplicación, afiliación, alta, cotización, y prestaciones, incluidos los requisitos necesarios para acceder a las mismas y para mantenerlas.

Lo que ocurre es que el principio de igualdad proclamado se configura como un objetivo de aplicación progresiva (art. 1), permitiéndose a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación del principio de igualdad determinados supuestos cuando entiendan que existe una justificación para ello (art. 7.2) aunque sea argumentando e informando de las exclusiones adoptadas⁵⁶. En consecuencia, el principio de igualdad contemplado por la Directiva 79/7/CE va a verse limitado en muchas ocasiones por la posibilidad de justificaciones derivadas de objetivos de política social perseguidos mediante medidas proporcionadas, como a continuación se explica.

C. DISCRIMINACIÓN DIRECTA: DEROGACIONES LEGÍTIMAS

Como es sabido, en la discriminación directa una persona es tratada de forma diferente menos favorable por razón de su sexo o por motivos inseparablemente unidos al sexo como pueden ser el embarazo o la maternidad. Pero lo resaltable de esta Directiva es que permite una serie de excepciones en su art. 7.1, permitiendo a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de la Directiva ciertos aspectos de los regímenes legales.

De entre las excepciones contempladas, sin duda, es la contemplada en el art. 7.1.a) de la Directiva la que ha sido objeto de una mayor controversia. A tenor de dicha excepción se permite a los Estados miembros la fijación de una «edad de jubilación» de modo diferente para hombres y mujeres para la concesión de pensiones de vejez y jubilación así como un diverso trato para «las consecuencias que pudieran derivarse de ellas para otras prestaciones». Aunque los considerandos de la Directiva 79/7 no especifican su razón de ser, el TJ ha afirmado que de su naturaleza se puede deducir que el legislador comunitario quiso autorizar a los Estados miembros a mantener temporalmente, en materia de jubilaciones, las ventajas concedidas a las mujeres, a fin de permitirles una modificación progresiva de los sistemas de pensión sin perturbar el complejo equilibrio financiero de dichos sistemas, cuya importancia no podía ignorar⁵⁷.

años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer».

56. Examen periódico de las exclusiones (art. 7.2), informe a la Comisión de las razones que justifican el mantenimiento de esas disposiciones nacionales internas así como de las posibilidades para su revisión posterior (art. 8.2) e informe sobre la evolución de las posibles diferencias de trato y para proponer cualquier otra medida necesaria para hacer efectiva la igualdad de trato (art. 9).
57. STJ de 7.7.1992, as. *Equal Opportunities Commission (C-9/91)*, ap. 15; STJ de 27.4.2006, as. *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions (C-423/04)*, ap. 35.

Pero advierte de que la posibilidad de que un Estado fije una edad diferente las pensiones de vejez y de jubilación, como toda excepción, debe ser interpretada de modo restrictivo⁵⁸ y sólo puede justificarse si dicha desigualdad es objetivamente necesaria⁵⁹ para alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva al dejar a los Estados el mantenimiento de edades diferentes⁶⁰ y que residen en evitar que se ponga en peligro el «equilibrio financiero del sistema de seguridad social» (que un régimen de pensiones o el sistema no se vea comprometido) y garantizar la coherencia entre el régimen de las pensiones de jubilación y el de las demás prestaciones. De este modo, cuando se regulan edades de jubilación distintas por sexo, o se trata de una prestación vinculada con dicha pensión de jubilación para edades diferentes, el distinto trato por razón de sexo puede encontrar refugio en la mencionada excepción, provocando que la discriminación no se considere contraria a la Directiva. Por el contrario, si la prestación controvertida no está vinculada con la diferente edad por razón de sexo establecida para la pensión de jubilación, un trato diverso entre hombres y mujeres a la hora de concederla o establecer sus requisitos debe considerarse prohibida.

En el asunto *Elbal Moreno* no ha lugar a esta vía de escape del principio de igualdad porque en España la edad de jubilación es común para hombres y mujeres. Pero conviene hacer un repaso jurisprudencial para verificar que la aplicación de la Directiva es francamente restrictiva. Así, se han admitido discriminaciones relativas a periodos de cotización diferentes para trabajadores y trabajadoras en marco de sistemas de jubilación en el que existen edades pensionables diferentes por razón de sexo, como ocurría en el asunto *Graham*, porque de no consentirse se generaría un desequilibrio financiero de los regímenes de jubilación y entenderlo de otro modo, para el TJ, dejaría sin efecto la excepción del art. 7.1.a) de la Directiva⁶¹. O diferentes cotizaciones complementarias de

58. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, habida cuenta de la importancia fundamental del principio de igualdad de trato, la excepción a la prohibición de las discriminaciones por razón de sexo establecida en esa disposición debe interpretarse de modo restrictivo, en el sentido de que sólo puede aplicarse a la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones de seguridad social: STJ de 26.2.1986, as. *Marshall* (C-152/84), ap. 36; STJ de 30.3.1993, as. *Thomas y otros* (C-328/91), ap. 8; STJ de 4.3.2004, as. *Peter Haackert y Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten* (C-303/02), ap. 30; STJ de 21.7. 2005, as. *Paolo Vergani c. Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona* (C-207/04), ap. 33, si bien en este caso para declarar que no es aplicable la excepción a una bonificación fiscal al no tratarse de una prestación de seguridad social (en el mismo sentido, interpretando esta sentencia, el Auto TJ 16.1.2008, as. ac. *Molinari y otros* (C-128 a 131/07); STJ de 27.4.2006, as. *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions* (C-423/04), ap. 36.
59. STJ de 30.3.1993, as. *Thomas y otros* (C-328/91), ap. 12; STJ de 11.8.1995, as. *Secretary of State of Social Security, Chief Adjudication Officer c. Rose Graham y otros* (C-92/94); STJ de 23.5.2000, as. *Buchner y otros* (C-104/98), ap. 26; STJ de 4.3.2004, as. *Peter Haackert y Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten* (C-303/02), ap. 30.
60. STJ de 7.7.1992, as. *Equal Opportunities Commission* (C-9/91), ap. 13; STJ de 27.4.2006, as. *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions* (C-423/04), ap. 34.
61. «Puesto que implicaría que los Estados miembros afectados tendrían que haber procedido, antes del término del plazo de seis años fijado por el artículo 8 para la aplicación

jubilación anticipada por razón de sexo, con un distinto sistema de cálculo según el sexo de los trabajadores de una empresa crisis, por estar igualmente vinculadas con la opción del Estado de fijación legal de edades diferentes según el sexo, como en el asunto *Livia Balestra*⁶². Del mismo modo se permite la excepción y consiguiente bendición de la discriminación, cuando se establece un distinto modo de cálculo de la pensión vinculado a la diferente edad legal fijada para acceder a la jubilación, como en el asunto *Wolfs*⁶³ o en el asunto *De Vriendt*⁶⁴, al constituir el modo de cálculo de las respectivas prestaciones un claro derivado del mantenimiento de edades diferentes de jubilación, o en el asunto *Bourgard*⁶⁵ cuando ello ocurre en pensiones de jubilación de autónomos. También por su estrecha vinculación con la diferente edad pensionable, se ha

de la Directiva, a un reajuste generalizado del sistema de cotizaciones y de prestaciones y haber modificado, por ello, profundamente un equilibrio financiero que se basa en la obligación de cotizar hasta edades de jubilación distintas para los hombres y para las mujeres»: STJ de 11.8.1995, as. *Secretary of State of Social Security, Chief Adjudication Officer c. Rose Graham y otros* (C-92/94), ap. 18.

62. STJ de 30.1.1997, as. *Livia Balestra c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* (C-139/95). Para la sentencia si un Estado miembro ha fijado una edad de jubilación diferente según el sexo, esta disposición le faculta también para establecer que los trabajadores por cuenta ajena de una empresa en crisis tengan derecho a un crédito de cotizaciones complementarias de jubilación de un máximo de cinco años a contar desde la fecha de inicio de su jubilación anticipada hasta el momento en que cumplan la edad en que nace su derecho a la pensión de jubilación (55 años para mujeres y 60 hombres) puesto que la diferencia según el sexo que existe en el modo de calcular las prestaciones de jubilación anticipada está objetiva y necesariamente vinculada a la fijación de una edad de jubilación diferente para los hombres y las mujeres.
63. STJ de 22.10.1998, as. *Louis Wolfs c. Office national des pensions (ONP)* (C-154/96) examina un supuesto en el que la edad normal de jubilación era a los 65 años para los hombres y a los 60 años para las mujeres hasta 1991 cuando se establece una edad flexible de jubilación. En el periodo en que se ha mantenido dicha diferencia de edad (cuestión de hecho que compete al juez nacional) «la fijación de la edad para conceder la pensión de jubilación determina efectivamente la duración del período durante el cual los interesados pueden cotizar al sistema de pensiones» por lo que una discriminación respecto al modo de cálculo de las pensiones está necesaria y objetivamente vinculada a la diferencia que se ha mantenido respecto a la fijación de la edad de jubilación, pudiendo el Estado miembro interesado calcular la cuantía de la pensión de modo distinto, según el sexo del trabajador.
64. STJ de 30.4.1998, as. *August De Vriendt c. Rijksdienst voor Pensioenen* (C-377/96) y acumulados *Rijksdienst voor Pensioenen c. René van Looveren* (C-378/96), *Julien Grare* (C-379/96), *Karel Boeykens* (C-380/96) y *Frans Sermeels* (C-381/96) y *Office national des pensions (ONP) c. Fredy Parotte* (C-382/96), *Camille Delbrouck* (C-383/96) y *Henri Props* (C-384/96).
65. STJ de 30.4.2004, as. *Robert Bourgard c. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti)* (C-172/02). En el caso se trataba de un diferente cálculo por razón de sexo de las pensiones de jubilación anticipada de trabajadores independientes que para el TJ no se opone a la Directiva porque su supresión tendría repercusiones financieras para el régimen de pensiones (por la disminución del volumen de ingresos percibidos en concepto de cotizaciones sociales y el aumento de los gastos efectuados en concepto de pensiones complementarias) y porque su mantenimiento pretende compensar este impacto financiero que, en virtud de los cálculos y de otras indicadores proporcionados por el Gobierno belga.

declarado que no infringe el principio de igualdad declarado por la Directiva el establecimiento de un subsidio de ingresos reducidos abonado a los empleados cuyo salario ha disminuido debido a un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y que tiempo después es sustituido por la pensión de jubilación, pagándose exclusivamente a quienes no han alcanzado todavía la edad de jubilación (de 65 años para los hombres y 60 para las mujeres) que provoca que las mujeres entre 60 y 65 años reciban una asignación menor que los hombres en circunstancias comparables, como en el asunto *Virginia Hepple*⁶⁶ donde se aplica la excepción por tratarse de una medida que tiene por objeto compensar la reducción de los ingresos profesionales y que busca garantizar la coherencia entre el régimen del subsidio y la pensión de vejez.

Por el contrario, la discriminación se opone a la Directiva, e incurre en discriminación directa prohibida, cuando pese a existir un sistema válido de edades diferentes para acceder a la pensión de jubilación, la prestación o beneficio controvertido carece de vinculación con la distinta edad pensionable. Ello ocurre, por ejemplo, cuando para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, el cálculo de las pensiones de jubilación y de vejez de las trabajadoras fronterizas se basa en salarios diarios ficticios y/o globales inferiores a los de los trabajadores fronterizos masculinos, por no tratarse de un diferente sistema de cálculo vinculado a una diferente edad por sexo⁶⁷. O cuando se trata de una pensión por invalidez y para personas que cuidan de los inválidos de carácter no contributivo, de la que se excluye a quienes alcancen la diferente edad pensionable, desde el momento en que también se otorgan a aquellas personas que sufren determinadas contingencias pero sin tener en cuenta el derecho de dichas personas a una pensión de vejez conforme a los períodos de cotización cubiertos, pues en tal caso ya no tienen conexión directa con la edad pensionable, y en las que suprimir la desigualdad de trato no ejerce una influencia directa sobre el equilibrio financiero de los regímenes contributivos de jubilación, ni su mantenimiento es necesario para proteger el equilibrio financiero del conjunto del sistema de Seguridad Social⁶⁸. Tampoco tiene cobijo en la excepción del art. 7.1.a), una pensión de vejez anticipada por invalidez que se concede en edades distintas a hombres y mujeres únicamente a personas que no están en

66. STJ de 23.5.2000, as. *Regina Virginia Hepple y otros c. Adjudication Officer y otros* (C-196/98). Para la sentencia «el mantenimiento temporal de un requisito de edad de jubilación diferente según el sexo puede exigir la adopción ulterior, una vez expirado el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva, de medidas que son indisociables de tal excepción a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, así como la modificación de dichas medidas», de modo que «prohibir a un Estado miembro, que ha establecido un requisito de edad de jubilación diferente para hombres y mujeres, la adopción o modificación, con posterioridad a la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno, de medidas vinculadas a dicha diferencia de edad supondría privar de su efecto útil a la excepción prevista».

67. STJ de 29.7.2010, as. *Rijksdienst voor Pensioenen c. Elisabeth Brouwer* (C-577/08).

68. Pues la normativa nacional cuestionada prohibía la acumulación entre los beneficios controvertidos y las asignaciones a las personas que carecen de medios de subsistencia suficientes: STJ de 30.3.1993, as. *Thomas y otras* (C-328/91).

condiciones de desempeñar una actividad profesional debido a una enfermedad, una dolencia o un debilitamiento de sus capacidades físicas o mentales porque no puede considerarse como una consecuencia derivada de la edad de jubilación establecida para poder percibir una pensión de vejez, porque la única relación entre ellas es que la pensión de vejez sustituye a la pensión de vejez anticipada por invalidez cuando el asegurado alcanza la edad legal de jubilación y, además, no afecta el equilibrio financiero de la Seguridad Social⁶⁹, como en el asunto *Bruchner*⁷⁰; ni de vejez anticipada para desempleados condicionada también a una diferente edad por razón de sexo y que sólo se concede a las personas que han percibido durante unos meses anteriores a la fecha de referencia una prestación pecuniaria del seguro de desempleo cuando, a pesar de estar relacionada tal edad con la de la pensión de jubilación⁷¹, sin embargo tampoco resulta necesaria para mantener el equilibrio financiero ni resulta necesaria para el mantenimiento de la coherencia entre la pensión anticipada de vejez por desempleo y la pensión de vejez⁷² como en el supuesto examinado en el asunto *Haackert*⁷³. Finalmente, el TJ reitera que hay una ausencia absoluta de vinculación

-
69. Habida cuenta de que el Gobierno austriaco alegaba razones de orden esencialmente presupuestario para justificar que la concesión de la pensión de vejez anticipada por invalidez supeditada a una diferente edad y para el TJ, aunque tales razones puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que desea adoptar, por sí solas, no constituyen un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos, como ya señalara en la STJ de 24.2.1994, as. *Roks y otros c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belanger y otros* (C-343/92).
70. STJ de 23.5.2000, as. *Johann Buchner y otros c. Sozialversicherungsanstalt der Bauern* (C-104/98).
71. A diferencia del asunto *Buchner*, en el que las mujeres tenían derecho a una pensión anticipada de vejez por «incapacidad laboral» a la edad de 55 años, es decir, cinco años antes de la edad normal de jubilación, mientras que los hombres adquirirían el mismo derecho a la edad de 57 años, es decir, ocho años antes de la edad normal de jubilación, en el asunto *Haackert* el TJ sí considera que la diferente edad es una «consecuencia necesaria» derivada de la fijación de una edad de jubilación diferente por sexo en el sentido del art. 7.1.a) de la Directiva: a) porque la pensión de vejez sustituye a la pensión anticipada de vejez por desempleo cuando los interesados alcanzan la edad normal de jubilación a modo de un derecho anticipado a la pensión de vejez cuando, por causa de edad, de enfermedad, de merma en la capacidad de trabajo u otras, resulte manifiesto que el asegurado tendrá dificultades para encontrar empleo durante un determinado período, y b) porque la edad a la cual se adquiere el derecho a la prestación objeto del procedimiento principal es la misma para hombres y mujeres, a saber, tres años y medio antes de la edad normal de jubilación.
72. Al representar apenas el 1,2 % sobre el total de las pensiones de vejez y las pensiones anticipadas de vejez la supresión de la discriminación controvertida no puede tener repercusiones graves en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social (ap. 22).
73. STJ de 4.3.2001, as. *Peter Haackert y Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten* (C-303/02), para un supuesto donde se deniega al solicitante una pensión anticipada de vejez para desempleados y en el que el TJ concluye que la excepción del art.7.1.a) y la expresión «consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones», «se limita a las discriminaciones existentes en otros regímenes de prestaciones que estén necesaria y objetivamente vinculadas a esta diferencia de edad. Así ocurre si tales discriminaciones son objetivamente necesarias para evitar que se ponga en peligro el equili-

con dicha excepción e incurre por tal motivo en discriminación directa no permitida, una ayuda para gastos de calefacción otorgada de modo diverso en función del sexo examinada en el asunto *Taylor*⁷⁴, un sistema de exención de pago de recetas médicas a jubilados, del que se benefician las mujeres, cuya edad de jubilación es anterior que los hombres, pero que se deniega a un varón jubilado anticipadamente pese a tener la misma edad de las mujeres que lo perciben⁷⁵, o un tributo reducido sobre las cantidades percibidas con motivo de la cesación del trabajo para incentivar la salida de trabajadores de determinada edad y concedido a los trabajadores a una edad diferente según su sexo, por no tratarse en este caso de una prestación de seguridad social⁷⁶.

En definitiva, en materia de seguridad social (régimenes legales) la doctrina del TJ pierde la contundencia que le ha venido caracterizando al aplicar el principio de no discriminación en materia de empleo, retribución y otras condiciones de trabajo, incluidas las extintivas. Se aceptan derogaciones al principio de igualdad, aunque se supone que regularmente revisadas, mientras los Estados miembros mantengan una diferencia de edad por sexo en el acceso a las pensiones de vejez y jubilación e, incluso, mientras están inmersos en un proceso de reducción gradual de dicha diferencia sexual, en tanto para el TJ impedir dicha aplicación progresiva del principio de igualdad podría desestabilizar el equilibrio financiero del sistema o de un régimen de seguridad social. Pero no se trata de una reticencia judicial enteramente caprichosa, sino que es directa con-

brio financiero del sistema de seguridad social o para garantizar la coherencia entre el régimen de las pensiones de jubilación y el de las demás prestaciones» afirmando que en el caso concreto «el establecimiento de la discriminación que es objeto del procedimiento principal puede considerarse objetivamente necesario para garantizar la coherencia entre la pensión anticipada de vejez por desempleo y la pensión de vejez» habida cuenta de que en la legislación nacional la edad de jubilación de hombres y mujeres es distinta (ap. 30).

74. STJ de 16.12.1999, as. *The Queen and Secretary of State for Social Security, ex parte: John Henry Taylor* (C-382/98).

75. STJ de 19.10.1995, as. *The Queen c. The Secretary Of State For Health, Ex Parte: Cyril Richardson* (C-137/94). En el caso examinado se había denegado a un varón jubilado anticipadamente a los 64 años el beneficio de exención de pago de recetas médicas en un régimen de jubilación en el que las mujeres, cuando se jubilan a la edad normal de 60 ya no tienen tampoco que pagarlas, encontrándose, por ello, exentas también a los 64 años. La ausencia de relación con la edad pensionable se demuestra para el TJ en el hecho de que exista una relación inversa entre el derecho a la prestación que constituye la exención del pago de la participación en gastos farmacéuticos y el pago de la cotización al régimen de pensiones de jubilación (pues sólo se tiene derecho a la exención del gasto farmacéutico cuando se ha cumplido la edad de jubilación y se deja de estar obligado a abonar las cotizaciones al régimen de pensiones de jubilación). Además considera el TJ que la supresión de la discriminación no ejercería ninguna influencia sobre el equilibrio financiero del régimen de pensiones, ni del sistema de Seguridad Social en su conjunto (ap. 22-23). Sin que el aumento de la carga financiera soportada por el Estado en el sistema de salud que lleva consigo la exención a los varones a partir de la edad de 60 años del pago farmacéutico altere dicha consecuencia.

76. STJ de 21.7. 2005, as. *Paolo Vergani c. Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona* (C-207/04), ap. 33; y, Auto TJ 16.1.2008, as. ac. *Molinari y otros* (C-128 a 131/07).

secuencia de la propia normativa aplicable que impide en muchas ocasiones una interpretación más flexible e igualadora. Por el contrario, en la medida en que un Estado miembro en un momento determinado decide suprimir la diferencia en la edad de jubilación que existía entre los trabajadores del sexo femenino y de sexo masculino, ya no podrá invocar esta excepción para justificar el mantenimiento de una diferencia en el modo de cálculo de la pensión de jubilación que estaba relacionada con dicha diferencia en la edad de jubilación⁷⁷ y la doctrina judicial en este punto, aunque remite la verificación de esta cuestión de hecho (desaparición de la diferente edad de jubilación) a los órganos nacionales, resulta indubitada al considerar proscrita entonces la diferencia de trato.

D. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA: JUSTIFICACIONES OBJETIVAS BASADAS EN PERSEGUIR UN LEGÍTIMO OBJETIVO DE POLÍTICA SOCIAL

Junto a las discriminaciones directas, se prohíben también las indirectas, es decir, todas aquellas acciones o medidas contenidas en los regímenes legales de la Seguridad Social de los Estados miembros que, aunque no incorporan como elemento diferencial el criterio prohibido –sexo–, utilizan otro de carácter neutro, aplicable a ambos sexos, pero que conduce igualmente a un tratamiento desigual al perjudicar de modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo, pero siempre y cuando las diferencias no puedan justificarse por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y los medios elegidos respondan a una finalidad legítima de la política social del Estado, sean adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y necesarios a tal fin.

El problema que ha venido presentando la aplicación de la Directiva 79/7, hasta el momento, es que con cierta rapidez se ha encontrado una justificación para considerar que la discriminación no se opone a la Directiva por responder a un objetivo de política social del Estado miembro. Cabe afirmar que, por lo general, en este campo el TJ ha mostrado un excesivo respeto y falta de voluntad armonizadora, fundamentalmente, por miedo a interferir en exceso en unas políticas nacionales como las de Seguridad Social caracterizadas por ser «altamente sensibles, muy costosas y basadas en particulares condiciones sociales e históricas»⁷⁸. En general, el TJ ha aceptado las justificaciones alegadas por los Gobiernos o la Comisión para justificar la discriminación indirecta basadas en

77. La STJ de 1.7.1993, as. *Remi van Cant c. Rijksdienst voor pensioenen* (C-154/92), ap. 13, por ello mismo, tras recordar que un módulo de cálculo de las pensiones de jubilación diferente en función del sexo de los trabajadores tiene carácter discriminatorio a efectos a la Directiva 79/7 y sólo puede justificarse de acuerdo con el art. 7.1.a), concluye que el art. 4.1 y 7.1.a) de la Directiva 79/7 se oponen «a que una normativa nacional, que autoriza a los trabajadores de sexo masculino y de sexo femenino a jubilarse a partir de la misma edad, mantenga en el modo de cálculo de la pensión una diferencia por razón de sexo que está relacionada con la diferencia en la edad de jubilación que existía anteriormente». Idea que se reitera en la STJ de 30.4.1998, as. *August De Vriendt c. Rijksdienst voor Pensioenen* (C-377/96) y acumulados, ap. 25.

78. HEIDE, I., *Gender roles and sex equality: European solutions to social security disputes*, op. cit., p. 55.

criterios de equilibrio financiero del sistema de seguridad social o del régimen de las pensiones, o la propia estructura contributiva del sistema, unidos a una necesidad de empleo menor y la evitación del fraude. Aunque también es cierto que ha declarado con insistencia que las consideraciones de índole presupuestaria no constituyen, por sí solas, un objetivo perseguido por la política social y, por tanto, no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos so pena de que el principio de igualdad se quiera hacer depender del presupuesto estatal (contundente, en el caso *Rocks*).

1) El estado civil y otros criterios neutros

En relación con el estado civil y las circunstancias vinculadas al mismo, debe tenerse en cuenta que la propia Directiva, aunque considera expresamente que el matrimonio y la situación familiar son criterios en los que se ha de indagar de modo especial para comprobar la existencia de una discriminación prohibida (art. 4.1. Directiva), contempla también excepciones, igualmente expresadas en su art. 7.1 que permiten al Estado miembro «la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa» (art. 7.1.c) y «la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de vejez, de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo» (art. 7.1.d).

Un estudio jurisprudencial permite afirmar que la posición del TJ ha sido más o menos uniforme a la hora de considerar que se oponen a la Directiva las prestaciones que excluyen a las mujeres casadas de determinadas prestaciones, básicamente porque su mantenimiento supone reiterar el estereotipo de roles profesionales y de cuidado por razón de sexo, pero considerando conformes con la misma aquellas en las que la situación del cónyuge (normalmente esposa) o los hijos a cargo se toman en cuenta en la legislación nacional para el cálculo de los recursos de la unidad familiar a los efectos de determinar el derecho a prestaciones básicas de mínimo social, en tanto el hecho de soportar mayores cargas o la mayor dificultad de mantener o conservar los recursos constituye un objetivo de política social ajeno a la discriminación por razón de sexo y ello aunque conste de modo fehaciente que un número mayor de uno de los sexos (las mujeres) resultaba desproporcionadamente perjudicado. Lo cual resulta bastante lógico en tanto, en puridad, en los supuestos examinados que se declaran contrarios a la Directiva, podría, incluso, predicarse la existencia de una discriminación directa, más que indirecta, por razón de sexo al resultar determinante el sexo (hombres casados *versus* mujeres casadas) y no limitarse la referencia a un neutro estado civil (personas casadas).

Así, entre las disposiciones que se consideran contrarias a la Directiva, puede hacerse referencia al asunto de la Sra. *Drake*⁷⁹ en el que se ventilaba una disposición que no concede una prestación por cuidado de familiar derivada del cese en la actividad a la mujer casada que vive con su cónyuge o es mantenida por él cuando, sin embargo, la misma se concedía a los hombres casados,

79. STJ de 24.6.86, as. *Jacqueline Drake y Chief Adjudication Officer* (C-150/85).

ya que ciertamente con un régimen semejante lo que se proclama es que el trabajo de cuidado no remunerado de una mujer que vive con su marido se debe llevar a cabo al margen de la Seguridad Social y no así cuando es el varón quien procede a dicho cuidado al ser quien tradicionalmente ostenta el rol del proveedor. O al asunto *Estado neerlandés c. Federatie Nederlandse Vakbeweging*⁸⁰ para una norma que excluye del «derecho a prestaciones a desempleo a las mujeres casadas que no puedan ser calificadas como "cabeza de familia"»⁸¹, o en el asunto *Clarke*⁸² para unas prestaciones de invalidez no contributivas que se otorgaban a los hombres casados que eran incapaces para trabajar, sin más requisitos, pero exigiendo a las mujeres, como un requisito adicional, que tampoco fueran capaces para desarrollar las tareas domésticas normales. Discriminaciones por ello prohibidas.

Por el contrario, no se considera un obstáculo cuando se toma en cuenta con la finalidad de compensar unas mayores cargas (del cónyuge o de los hijos a cargo) y la mayor necesidad de los beneficiarios con cónyuge que la de personas solas a la hora de garantizar ingresos medios mínimos de subsistencia aunque un número claramente más alto de hombres casados que de mujeres casadas se benefician. La visión de la mujer, en tales casos, es la de un sujeto protegido que se integra la familia con una posición subordinada, sin dar un paso adelante el TJ en la individualización de los derechos⁸³. Así en el asunto *Teuling*⁸⁴ para un sistema de prestaciones de incapacidad laboral en el que la cuantía de la prestación se fijaba teniendo en cuenta el estado civil y los ingresos procedentes directa o indirectamente de la actividad del cónyuge, o en el asunto *Comisión c. Bélgica*⁸⁵, donde también se avala que el Estado miembro tenga en cuenta esa mayor necesidad de los beneficiarios con cónyuge para un incremento relacionado con las cargas familiares a pesar de que un mayor número de mujeres que de hombres se vean perjudicadas⁸⁶, o en el asunto *Molenbroek*⁸⁷ donde el TJ

80. STJ 4.12.1986, as. *Estado neerlandés c. Federatie Nederlandse Vakbeweging* (C-71/85).

81. Lo que posteriormente reitera la STJ de 8.3.1988, as. *A. Dik, A. Menkutos-Demirci y H. G. W. Laar-Vreeman c. College van Burgemeester en Wethouders te Arnhem y te Winterswijk* (C-80/87) en relación a la misma Ley pero en una versión modificada en la que, en una disposición transitoria, se declaraba que la mujer casada desempleada antes de 23 de diciembre 1984, incluso después de esa fecha que era la tope para la implantación de la Directiva, siguiera sujeta a la exigencia de que ella sea asalariada. El Tribunal de Justicia recuerda que la Directiva 79/7/CEE no confiere a los Estados miembros la facultad de mantener la antigua distinción por razón de sexo por un período de transición y declara la ley contraria a la Directiva, reconociendo que las demandantes tenían derecho a los mismos beneficios que los hombres, sin tener que demostrar que eran cabeza de familia.

82. STJ de 24.6.1987, as. *Jean Borrie Clarke c. Chief Adjudication Officer* (C-384/85).

83. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Igualdad y Sistemas de Seguridad Social: efectos de la incorporación de las mujeres al trabajo», *op. cit.*, p. 105.

84. STJ de 11.6.1987, as. *J.W. Teuling c. el Consejo de Administración de la Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie* (C- 30/8).

85. STJ de 7.5.1991, as. *Comisión c. Bélgica* (C-229/89).

86. Al existir muchos más hombres casados que mujeres casadas que ejercen una actividad profesional, y por ello un número notablemente inferior de mujeres que pueden justificar que tienen un cónyuge a su cargo.

87. STJ de 19.11.1992, as. *Jan Molenbroek c. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* (C-226/91).

concluye que «no se opone a la aplicación de una legislación nacional en materia de Seguro de Vejez que, sin distinción de sexo, hace depender la concesión y el importe de un incremento que pueden percibir los titulares de una pensión, cuyo cónyuge a cargo no ha alcanzado todavía la edad de jubilación, únicamente de los ingresos percibidos por el cónyuge procedentes de una actividad profesional o relacionados con la misma, aunque como consecuencia de dicha legislación muchos más hombres que mujeres perciban el incremento» porque el régimen de incrementos resulta indispensable para preservar la naturaleza de prestación básica de la prestación concedida y para garantizar a los cónyuges, uno de los cuales no ha alcanzado todavía la edad de jubilación, unos ingresos iguales al mínimo social que percibirán cuando ambos sean beneficiarios de una pensión. En definitiva, la atribución de unos ingresos iguales al mínimo social (complementos para pensiones mínimas) forma parte de la política social de los Estados miembros y éstos disponen de un margen de apreciación razonable en cuanto al tipo de medidas de protección social y a sus modalidades concretas de aplicación. En todo caso, no se opone a la Directiva que un Estado miembro, que se había acogido a la excepción del art. 7.1.d) y que reservaba a los hombres la concesión de aumentos de las prestaciones de vejez de larga duración por cónyuge a cargo, suprime posteriormente esta discriminación pero únicamente respecto de las mujeres que reúnan determinados requisitos como modo de hacer efectivo el principio de igualdad «progresiva» adoptando una medida que reduce el alcance de una desigualdad de trato en razón del sexo⁸⁸.

Junto al estado civil, otros criterios a los que se ha tenido que enfrentar el TJ, también aparentemente neutros, han sido los relativos a la exigencia de percibir unos determinados ingresos el año anterior a la solicitud de la prestación, o la de poseer un determinado patrimonio, o incluso una revalorización anual de las pensiones. Sus conclusiones van a depender del objetivo de política social alegado por el Estado miembro. Así, por ejemplo, el TJ ha considerado que no se opone a la Directiva 79/7 la exigencia de la existencia de patrimonio en un régimen de asistencia social a favor de parados de larga duración de edad avanzada y/o afectados de incapacidad laboral parcial garantizado a los desempleados mediante unos ingresos equivalentes al mínimo social, cuando sin embargo tal requisito resulta irrelevante en otro régimen para la misma prestación mayoritariamente compuesto por mujeres⁸⁹, por entender que el legislador razonablemente había estimado que ello era necesario para alcanzar un

88. STJ de 7.7.1994, as. *Elisabeth Bramhill c. Chief Adjudication Officer (C-420/92)*. Como señala el TJ podría poner en peligro la aplicación del principio de igualdad «que un Estado miembro, en relación con prestaciones que ha excluido del ámbito de aplicación de la Directiva en virtud de la letra d) del apartado 1 del artículo 7, no pudiera ya basarse en la excepción prevista en esta disposición en el supuesto de que adoptara una medida que, como la cuestionada en el litigio principal, reduce el alcance de una desigualdad de trato en razón del sexo» (ap. 21).

89. Prestación RWW para desempleados que no dispongan de recursos suficientes supeditada a no superar un umbral de patrimonio «modesto» y la prestación IOAW para desempleados de larga duración de avanzada edad no supeditada al requisito de patrimonio.

objetivo de política social ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo, en concreto, el de que los desempleados, finalizado el período máximo de pago de la prestación individual basada en el criterio de sus ingresos propios cuando que continúen desempleados eviten recurrir a su patrimonio para subsistir, habida cuenta de las escasas posibilidades de encontrar un nuevo trabajo que les permita reconstruirlo, como en el asunto *Laperre*⁹⁰.

Ya en lo que se refiere a la exigencia de percibir determinados ingresos en un periodo variable anterior a la solicitud de la prestación, como criterio neutro que puede resultar excluyente para una mayoría de mujeres (casadas), la conclusión del TJ dependerá de cuáles sean las razones y objetivos de política social alegados por el Estado miembro. De este modo, mientras que en el asunto de la Sra. *Roks y otras*⁹¹ declara que se opone a la Directiva supeditar, tras el plazo de expiración de la Directiva (23.12.1984), una prestación por incapacidad laboral a tal requisito, pese a que ello no se exigía anteriormente a los hombres⁹² y su exigencia impide el acceso a la prestación de un número mayor de mujeres que de hombres, porque se alegaron sólo consideraciones «de índole presupuestaria» que «no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos» (ap. 35) ya que ello «implicaría que la aplicación y el alcance de una norma tan fundamental del Derecho comunitario como la de igualdad entre hombres y mujeres podrían variar, en el tiempo y en el espacio, según la situación de las finanzas públicas de los Estados miembros» (ap. 36), la exigencia de ingresos que afecta a más mujeres que a hombres, sin embargo, no se califica de discriminación prohibida en el asunto *Posthuma*⁹³ porque las razones alegadas no eran sólo presupuestarias, sino razones de política social consistentes en reservar el derecho a la prestación a las personas que hubieran perdido un salario por haber sobrevenido la contingencia cubierta, exigencia necesaria y proporcionada⁹⁴.

90. STJ de 8.2.1996, as. C. B. *Laperre c. Bestuurscommissie Beroepszaken in de Provincie Zuid-Holland* (C-8/94).

91. STJ de 24.2.1994, as. *Roks y otros c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y otros* (C-343/92). Un comentario en COUSINS, M. «Two steps forward, one step back», *European Law Review*, 1996, pp. 233-240.

92. El TJ señala que en virtud del efecto directo del art. 4.1 de la Directiva, dichas mujeres casadas tenían derecho desde el 23 de diciembre de 1984 a una prestación AAW en las mismas condiciones que los hombres que se encontraran en la misma situación, es decir, sin tener que cumplir el requisito de ingresos, de modo que un Estado miembro tras expirar el plazo no puede establecer en su normativa nacional un requisito que prive a las mujeres casadas de derechos que éstas deducirían del efecto directo de la disposición de Derecho comunitario a partir de la expiración del mencionado plazo.

93. STJ de 1.2.1996, as. *Y.M. Posthuma-van Damme c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen y N. Oztürk c. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging* (C-280/94), también relativo a ingresos previos para prestación de incapacidad laboral que afectaba a un número mayor de mujeres que de hombres.

94. En el supuesto se había introducido el requisito de rentas salariales para transformar el régimen neerlandés en materia de incapacidad laboral de un mero seguro popular en un seguro contra la pérdida de un salario que garantiza la obtención de un ingreso mínimo a las personas aseguradas. La exigencia de tales rentas se imponía a partir de

Otro criterio neutro que se ha considerado que incurre en discriminación indirecta por razón de sexo prohibida es una revalorización anual de las pensiones en las que las de baja cuantía se incrementan en menor cantidad que las más elevadas, cuando la mayor parte de las pensiones inferiores son percibidas por mujeres como en el asunto *Brachner*⁹⁵, donde el TJ rechaza como justificación válida la edad más temprana de jubilación de las mujeres con carreras de cotización más cortas y, consiguientemente, menores pensiones, por no existir conexión ni entre la cotización y la revalorización, ni entre el objetivo de la norma (mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a la vista de la evolución del IPC) y el motivo de justificación («mayor esperanza de vida de las mujeres») dirigido a salvaguardar el equilibrio económico entre las cotizaciones y las prestaciones a la hora de fijar el importe de estas últimas, en tanto carece de sentido «la exclusión de los titulares de pensiones mínimas de un incremento extraordinario que tiene por objeto garantizar el poder adquisitivo de las pensiones» (ap. 84-86). En definitiva, porque aunque pudiera considerarse la medida justificada, ni es adecuada, ni necesaria⁹⁶.

ese momento a todos los asegurados, hombres y mujeres, casados y no casados, afectados de una incapacidad laboral anterior o posterior a una determinada fecha. Con ello el legislador neerlandés habría perseguido un objetivo legítimo de política social inherente a numerosos regímenes de Seguridad Social, que consiste en reservar el derecho a una prestación determinada a quienes han perdido un salario por haber sobrevenido la contingencia cubierta por la prestación. Es decir, conceder el derecho a unos ingresos mínimos a quienes obtenían unas rentas procedentes de una actividad profesional o en relación con ésta, a cuyo ejercicio debieron renunciar a consecuencia de una incapacidad laboral. Supeditar el derecho a dichos ingresos mínimos al requisito de que el interesado haya obtenido tales rentas en el año inmediatamente anterior al comienzo de su incapacidad laboral se declara como un medio apto para alcanzar este objetivo (ap. 27).

95. STJ de 20.10.2011, as. *Waltraud Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt* (C-123/10). Un breve pero ajustado comentario en, MESTRE, B. «Comparators and Indirect Discrimination: An Illustration of the Difficulties», *European Law Reporter*, 2011, pp. 372-379, poniendo de manifiesto que el alcance de la Directiva 79/7 es compensar un riesgo determinado (sólo los de la Directiva) y no asegurar un nivel mínimo de subsistencia o cubrir riesgos de pobreza.
96. También rechaza el argumento alegado por el Gobierno austriaco de que la revalorización era un complemento para pensiones mínimas con lo que era un objetivo legítimo de política social ajeno a cualquier discriminación basada en el sexo, tal y como se hizo en *Teuling* o *Molenbroek* porque, a diferencia de ellos, en el caso concreto el TJ no aprecia relación alguna entre la regla de globalización de los ingresos (sólo exigible a los titulares de pensiones mínimas para evaluar su eventual derecho al suplemento compensatorio) y el objetivo de la actualización (garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a la vista de la evolución de los precios al consumo) conduciendo más bien a un resultado contrario al pretendido. Para el TJ, por el contrario, el hecho de que el beneficiario de una pensión mínima o su cónyuge dispongan de otros ingresos no implica en absoluto que el importe de dicha pensión no deba, al igual que las pensiones de importe más elevado, acogerse al incremento extraordinario para poder garantizar el poder adquisitivo de dichas pensiones (ap. 96) máxime cuando los datos estadísticos indican que hay un porcentaje claramente más elevado de hombres beneficiarios de una pensión mínima que perciben el suplemento compensatorio y la elevación extraordinaria de dicho nivel de referencia puede favorecerles de un modo

2) Trabajadores irregulares: tiempo parcial y trabajo marginal

Pero, sin duda, el criterio neutro en el que con mayor claridad se puede cobijar una discriminación indirecta prohibida es el de la contratación a tiempo parcial y los empleos marginales, en la medida en que son las mujeres las que mayoritariamente los desempeñan. Tal realidad, corroborada por los datos estadísticos, ha sido reconocida en muchas ocasiones por el TJ al hilo de cuestiones prejudiciales planteadas para verificar la interpretación de las distintas Directivas en materia de igualdad.

De hecho, la propia doctrina de la discriminación indirecta u oculta aparece por vez primera en relación, precisamente, con el trabajo a tiempo parcial. Respecto a la igualdad retributiva (art. 119 TCEE) en el caso *Jenkins*⁹⁷, o extrapolada a la Directiva sobre igualdad en los regímenes profesionales de Seguridad Social en el caso *Bilka*⁹⁸, para un diferente esquema en los beneficios derivados de un fondo de pensiones establecido por la empresa al margen del régimen legal de seguridad social, al considerarse que las pensiones cubiertas por dicha Directiva son también «retribuciones», declarándose que «es discriminatorio excluir del régimen complementario de pensiones a los trabajadores a tiempo parcial cuando éstos en su mayoría son mujeres». También para prestaciones complementarias, en los asuntos *Hilde y Silve* (acumulados)⁹⁹, en el que la cuantía de la prestación de los trabajadores a tiempo parcial, con mayoría de mujeres, era inferior a la de los trabajadores a tiempo completo con igual número de horas trabajadas y donde el TJ, pese a recordar que no se opone al Derecho de la Unión la regla *pro rata temporis* para el trabajo a tiempo parcial permitiendo una reducción proporcionada del importe de la pensión (ap. 91), rechaza sin embargo que en el caso examinado sea aplicable tal justificación al comprobarse que la medida implicaba una reducción del importe de la pensión de jubilación en una proporción mayor a la que correspondería estrictamente a los tiempos de ocupación, incurriendo, por tanto, en una desproporcionada proporción¹⁰⁰.

significativamente más relevante a ellos, agravando incluso la medida controvertida la diferencia de trato de que son víctimas las mujeres que perciben una pensión mínima.

97. STJ de 31.1.1981, as. *J.P Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd* (C-96/80). Tras declarar que es posible establecer diferencias entre trabajadores a tiempo completo y parcial, de inmediato se precisa que tal posibilidad tiene su límite cuando «se trate de una discriminación deducible del hecho de que el grupo de trabajadores a tiempo parcial se componga, de manera exclusiva o preponderante, de personas del sexo femenino».
98. STJ de 13.5.1986, as. *Bilka Kauffhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz Bundesarbeitsgericht* (C-170/84).
99. STJ de 23 de octubre de 2003, as. *Hilde Schönheit y Stadt Fankfurt am Main* (C-4/02), y entre *Silvia Becker y Land Hessen* (C-5/02).
100. Otros supuestos en los que se ha declarado que el trabajo a tiempo parcial produce discriminaciones indirectas prohibidas en retribuciones o pensiones complementarias (excluidas por lo tanto de la Directiva 79/7) pueden verse en STJ de 7.2.1991, as. *Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg* (C-184/89) (promoción profesional); STJ de 4.6.1992, as. *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. y Monika Boetel* (C-1/95) (discriminación retributiva en los permisos de formación pagados a los miembros de los comités de empresa que trabajaban a tiempo completo pero no así a los de tiempo

Si el concepto de discriminación indirecta se ha aplicado en materia retributiva y en pensiones de los regímenes «profesionales», con mayor virulencia las diferencias indirectas de trato prohibidas son susceptibles de concurrir en los Regímenes «legales» de Seguridad social regulados por la Directiva 79/7/CEE al ser normal que se exijan largas carreras de cotización como requisito previo para acceder a las pensiones o prestaciones difícilmente alcanzables por los trabajadores a tiempo parcial o de trabajos marginales intermitentes o trabajos compartidos, ocupados mayoritariamente por mujeres. El concepto y los requisitos para considerar que existe discriminación indirecta por ello se proyecta también a los regímenes «legales» de la Seguridad Social contemplados por la Directiva 79/7/CE¹⁰¹. Precisamente es este el caso examinado en la sentencia *Elbal Moreno*, en el que el sistema de cálculo de los periodos de cotización de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial se declara discriminatoria por afectar a una mayoría de mujeres y resultar desproporcionada.

Pero, salvo en este asunto español y en caso *Ruzius*¹⁰², donde el TJ rechazó como justificación de la discriminación la alegación por el Estado de «que sería injusto concederles una prestación superior a los ingresos percibidos anteriormente» (ap. 15) a los trabajadores a tiempo parcial al comprobar que la normativa controvertida otorgaba la prestación en otros supuestos en los que ni siquiera habían existido ingresos previos, lo cierto es que el TJ venía declarando que los «principios estructurales de la seguridad social contributiva», el carácter obligatorio del régimen legal de Seguridad Social y la demanda social de «empleo menor», constituyen elementos que justifican la diferencia de trato por tratarse de una medida razonable de política de empleo.

En efecto. En los importantes asuntos *Nolte* y *Megner/Scheffel* el Tribunal se ha mostrado enormemente comprensivo con las políticas nacionales conside-

parcial fundamentalmente femeninos); STJ de 2.10.1997, as. *Hellen Gerster c. Freistaat Bayern* (C-1/95) (cálculo de la antigüedad entre trabajadores a media jornada y a jornada completa).

101. STJ de 14.12.1995, as. *Inge Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover* (C-317/93), ap. 28; STJ de 14.12.1995, as. *Ursula Megner y Hildegard Scheffel c. Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, en la actualidad *Innungskrankenkasse Rheinhessen-pfalz* (C-444/93), ap. 24; STJ de 1.2.1996, as. *Y.M. Posthuma-van Damme c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen* y *N. Oztürk c. Bestuut van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging* (C-280/94), ap. 24.
102. STJ de 13.12.1989, as. *M.L. Ruzius-Wilbrink c. Bestur van Bedrijfverenigin voor Overheidsdiensten* (C-102/88). En dicho asunto se planteaba si era conforme al principio de igualdad y no discriminación una legislación nacional que garantizaba un ingreso mínimo social a los asegurados afectados por una incapacidad laboral transitoria, cuya cuantía era independiente de los ingresos percibidos anteriormente por el asegurado, salvo aquéllos que hubieran trabajado anteriormente a tiempo parcial (mayoritariamente mujeres), en cuyo caso se limitaba la cuantía de la prestación al salario percibido con anterioridad. El hecho de que se otorgara sin embargo la prestación a supuestos en los que no habían existido siquiera ingresos previos, en cuyo caso obviamente la prestación también sería superior a los ingresos profesionales percibidos con anterioridad, llevo al TJ a considerar inapropiada la pretendida justificación del tratamiento desigual.

rando que estaba justificada y era necesaria la medida nacional a pesar de afectar a más mujeres que hombres, porque la exclusión de las mujeres era «necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo». Y se trataba de asuntos sobre los hoy conocidos como *mini-jobs* alemanes.

En particular, en el caso de la Sra. *Nolte*¹⁰³ se dilucidaba la exclusión de los empleos «menores» (o «marginales») del seguro de vejez obligatorio alemán, entendidos en el momento de la interposición de la cuestión prejudicial, como aquellos que requerían menos de 15 horas semanales de trabajo y cuyo salario no excediera de una séptima parte del salario medio mensual. Exclusión normativa que afectaba a muchas más mujeres que hombres, pero que el TJ consideró que no se oponía al art. 4.1 de la Directiva porque el legislador nacional había estimado razonablemente que dicha legislación, que excluía tales empleos del seguro obligatorio, era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo. En concreto, porque la exclusión respondía a un principio estructural de un régimen contributivo de Seguridad Social (caracterizado por la necesidad de mantener una equivalencia entre las cotizaciones abonadas por los asegurados y los empleadores, de un lado, y el pago de las prestaciones en caso de que sobrevenga uno de los riesgos cubiertos por dicho régimen: ap. 29-30), constituía el único medio para responder a una demanda social de dichos empleos (ap. 30) y su finalidad era evitar que aumentaran los empleos ilegales y las maniobras de evasión de la legislación social (ap. 32).

A la misma conclusión llega el TJ en el asunto de las Sras. *Megner y Scheffel*¹⁰⁴, limpiadoras, como en el caso *Elbal Moreno*, cuyo horario normal de trabajo era de dos horas como máximo por día laborable, cinco días a la semana y su retribución, en función del Convenio Colectivo de limpieza de edificios, no excedía al mes de una séptima parte de la base mensual de referencia. Ambas mujeres solicitaban que se reconociera su obligación de afiliarse al régimen legal del seguro de enfermedad y del seguro de vejez, así como su obligación de cotizar al régimen legal del seguro de desempleo, lo que fue desestimado por desempeñar «empleos menores o de corta duración que, de acuerdo con la legislación alemana» «están exentos de la afiliación y cotización obligatorias a dichos regímenes legales» según el art. 7 del Libro V del SGB y el art. 5.2.1 del Libro VI del SGB. Ambas mujeres consideraban que la exclusión (exención) de la afiliación y cotización obligatorias a los regímenes legales constituían una discriminación indirecta de las mujeres incompatibles con el art. 4.1 de la Directiva. Pero el TJ de nuevo responde que «el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que excluye las actividades por cuenta ajena con un horario normal inferior a quince horas semanales y una retribución normal no superior a una séptima parte de

103. STJ de 14.12.1995, as. *Inge Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover* (C- 317/93).

104. STJ de 14.12.1995, as. *Ursula Megner y Hildegard Scheffel c. Innungskrankenkasse Vorderpfalz* (C-444/93).

la base mensual de referencia de la afiliación obligatoria a los regímenes legales del seguro de enfermedad y del seguro de vejez, así como una normativa nacional que excluye de la cotización obligatoria al régimen legal del seguro de desempleo las actividades por cuenta ajena habitualmente limitadas, por su naturaleza, a un horario normal inferior a dieciocho horas semanales o que sean objeto, con carácter previo, de tal limitación en virtud de un contrato de trabajo, no constituyen una discriminación por razón del sexo, aunque dichas disposiciones afecten a muchas más mujeres que a hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón del sexo».

C. LAS REPERCUSIONES DE LA STJ DEL ASUNTO ELBAL MORENO: LA DOCTRINA DE LA STC 61/2013, DE 14 DE MARZO

Aunque existían varias cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC que ya denunciaban que el método de cálculo de los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial para tener derecho a diversas prestaciones de seguridad social seguía siendo desproporcionado y discriminatorio a pesar de los coeficientes compensadores introducidos legalmente, lo cierto es que en su declaración como un sistema discriminatorio se adelantó el TJ facilitando así la resolución posterior de las cuestiones internas por parte de nuestro Alto Tribunal. De este modo, poco tiempo después de la sentencia *Elbal Moreno*, se dicta la STC 61/2013, de 14 de marzo, que al hilo de una prestación de jubilación analiza si el cálculo de los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial en atención a las horas trabajadas, aplicando las reglas correctoras incorporadas por el RD-ley 15/1998 (y que coinciden con las actuales) es o no conforme con el principio de igualdad y no discriminación. Y el TC alcanza la misma conclusión que en la STC 253/2004, reafirmando que una menor pensión de los trabajadores a tiempo parcial es conforme con el art. 14 CE, habida cuenta de su menor esfuerzo contributivo, pero declarando que en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social, las nuevas reglas correctoras siguen produciendo resultados desproporcionados y discriminatorios, en tanto no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a los que la norma conduce.

En concreto, respecto a la primera de las reglas correctoras, consistente en tener en cuenta los días teóricos de cotización (obtenidos mediante la operación de dividir el número de horas trabajadas entre cinco), el TC declara que más que tratarse de una corrección del principio de proporcionalidad estricta, se trata de «un procedimiento de cálculo más preciso técnicamente para la aplicación de dicho principio» (FJ 6) pero pone de manifiesto que, en todo caso, el resultado de su aplicación aboca a una diferencia de trato en el cómputo de los periodos de carencia no justificado por las exigencias de contributividad del sistema, tal y como declaró en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, porque la norma continúa manteniendo que los trabajadores a tiempo completo acreditan

como cotizados el total de días naturales del período trabajado, mientras que los trabajadores a tiempo parcial acreditan un número de días inferior, determinado por el número de horas trabajadas.

Es más, para el TC la aplicación de esta primera regla puede incluso resultar potencialmente más perjudicial para los trabajadores a tiempo parcial que el criterio establecido en la regulación precedente por dos motivos. De un lado, porque el hecho de que en la nueva normativa el legislador adopte el criterio de dividir el número de horas trabajadas por estos trabajadores entre cinco, como equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales de jornada completa máxima anual autorizada por la ley (art. 34.1 LET), determina que el número de días teóricos a computar pueda resultar inferior al que se hubiera obtenido con la normativa previa en la que los días teóricos de cotización resultaban de calcular la proporción entre la jornada real del trabajador a tiempo parcial y la «jornada habitual en la actividad» de que se tratase, lo que podía resultar inferior al máximo legal teniendo en cuenta que numerosos Convenios Colectivos prevén jornadas semanales inferiores al máximo legal. Y, de otro lado, porque la decisión de tomar como referencia la jornada máxima legal origina una desigualdad en el cómputo de los períodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial que va más allá de la estricta proporcionalidad, toda vez que existen muchos trabajadores a tiempo completo que realizan una jornada inferior, por lo que «la comparación entre un trabajador a tiempo completo cuya jornada convencional o contractual sea inferior a la máxima legal y un trabajador a tiempo parcial de su misma empresa o sector de actividad permitirá apreciar una diferencia de trato, que actúa en perjuicio de este último, y que ni siquiera es consecuencia estricta de la aplicación de un criterio de proporcionalidad en la comparación entre ambos trabajadores en razón a las horas efectivamente trabajadas» (FJ 6).

Por lo que se refiere a la regla propiamente correctora de la aplicación estricta del criterio de proporcionalidad y que establece la aplicación de un coeficiente multiplicador de 1,5 al número de días teóricos de cotización obtenidos a los efectos de determinar el período total de ocupación cotizado, medida que se aplica, exclusivamente, respecto a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el TC admite que, en efecto, atenúa los efectos derivados de la estricta proporcionalidad al reconocer a los trabajadores contratados a tiempo parcial un plus de medio día cotizado por cada día teórico de cotización calculado, previéndose la aplicación de este plus con carácter uniforme para todos los trabajadores a tiempo parcial con independencia de la duración mayor o menor de la jornada de trabajo realizada o del período más o menos amplio de tiempo acreditado a tiempo parcial dentro de la vida laboral de cada trabajador¹⁰⁵. Pero considera que «su virtualidad como elemento de corrección es

105. Para el TC «reconocer un plus de medio día adicional cotizado por cada día teórico de cotización obtenido mediante la aplicación de la regla legal, en función exclusivamente de las horas trabajadas, facilitará, sin duda, el acceso a la protección de aquellos trabajadores a tiempo parcial con jornadas de trabajo de duración más elevada, así como el de aquellos en cuya vida laboral los períodos de trabajo a tiempo parcial representen una pequeña proporción respecto del conjunto. Sin embargo, cuando el

limitada» ya que no ha conseguido evitar los efectos desproporcionados que su aplicación conlleva en términos de desprotección social y tan sólo logra que sean menos los trabajadores perjudicados por su aplicación, continuando siendo insuficiente su eficacia correctora. Para el TC, además, tampoco la corrección introducida justifica la diferencia de trato pues justificarla en su coherencia con la lógica de un sistema de cobertura fundado en la correspondencia entre cotizaciones y prestaciones y en que su fin es el equilibrio económico y la viabilidad del sistema de la Seguridad Social, ya fue rechazado en la STC 253/2004 y se ha confirmado la STJ del caso *Elbal Moreno*, en la medida en que aunque el principio de contributividad permite explicar que las cotizaciones ingresadas determinen la cuantía de su prestación contributiva de jubilación, en cambio no justifica que el criterio seguido en el cómputo de los períodos de carencia resulte diferente al establecido para los trabajadores a tiempo completo.

Por todo ello concluye declarando inconstitucional y nulo «todo» el inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la DA 7ª LGSS en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre (FJ 6). En concreto, aunque el TC reconoce que su enjuiciamiento debiera limitarse a la prestación de jubilación enjuiciada en el caso, procede a declarar la inconstitucional de la completa regla porque «los razonamientos ahora realizados son trasladables a las demás prestaciones a las que respectivamente son aplicables las reglas analizadas». En concreto señala que considera «conveniente, en virtud del art. 39.1 LOTC, extender nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad a todo el inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la DA séptima LGSS, introducido por el Real Decreto-ley 15/1998, respecto al que el órgano promotor planteó la cuestión». Asimismo, afirma que «teniendo en cuenta la íntima conexión existente entre el citado inciso y las reglas correctoras analizadas, cuya existencia no se explica de forma autónoma, sino sólo por su vinculación con aquél, debemos proceder asimismo ex art. 39.1 LOTC a declarar inconstitucionales y nulos tanto el segundo inciso de la letra a), como la letra b) de la misma regla indicada. Ello, en definitiva, supone declarar la inconstitucionalidad y nulidad de toda la regla segunda del apartado 1 de la

trabajo a tiempo parcial no sea un episodio más o menos excepcional en la vida laboral del trabajador y cuando la jornada habitual del mismo no resulte muy elevada, la aplicación del criterio de proporcionalidad seguirá, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado para su acceso a la pensión de jubilación. En tal sentido, resulta ilustrativo el caso del litigio *a quo* que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión y que, conforme a los hechos probados de la Sentencia de instancia, versa sobre una trabajadora que ha desarrollado una actividad laboral por cuenta ajena durante más de dieciocho años de su vida y a la que se deniega la pensión de jubilación, pese a reunir los restantes requisitos legales, por el hecho de que una parte sustancial –once años– de esa actividad laboral se ha desarrollado mediante contratos a tiempo parcial de jornada reducida –equivalente al 18,4 de la jornada habitual en la empresa–, sin que la aplicación del coeficiente multiplicador de 1,5 a los días teóricos de cotización acreditados resulte suficiente para alcanzar el período mínimo de carencia exigido de quince años de cotización. En consecuencia, la aplicación del coeficiente corrector al criterio de proporcionalidad no impide que, en casos como el analizado, se produzcan resultados desproporcionados» (FJ 6).

disposición adicional séptima LGSS, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998».

Declarada la nulidad y extendiéndola a otras prestaciones, el TC termina precisando que corresponde a los órganos judiciales integrar, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la laguna que la anulación del precepto puede producir en orden al cómputo de los periodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social referidas en la norma (esto es, exceptuando el desempleo) en el caso de los trabajadores a tiempo parcial (FJ 7). La declaración de nulidad de la norma y su eliminación del ordenamiento jurídico supone retrotraer sus efectos al momento de su entrada en vigor, si bien, debe entenderse que no afecta a las resoluciones judiciales que ya sean firmes.

La extensión de la inconstitucionalidad más allá del caso concreto y su proyección a prestaciones distintas a la que estaba en juego, ha permitido posteriormente al TC declarar la desaparición sobrevenida del objeto de varias cuestiones de inconstitucionalidad que permanecían pendientes¹⁰⁶, así como otorgar el amparo en relación con prestaciones de distinto signo¹⁰⁷.

IV. LA ENCRUCIJADA DE LOS JUECES Y DEL LEGISLADOR EN EL CÓMPUTO DE LOS PERIODOS DE COTIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS A TIEMPO PARCIAL: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE EL EFECTO MATEO Y EL EFECTO VIRIDIANA

Así las cosas, en la actualidad el problema reside en el encargo que el TC hace a los jueces de «integrar por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la laguna que la anulación del precepto puede producir en orden al cómputo de los periodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social» a las que se refería la norma anulada. Problema que, como es evidente, se traslada también al legislador en tanto resulta urgente la adopción de una nueva normativa al respecto.

Las posibilidades a barajar son diversas, probablemente ninguna infalible. Aunque cabría pensar en otras, algunas de ellas serían las siguientes:

A. EQUIPARACIÓN DÍA TRABAJADO CON DÍA COTIZADO

Entre los posibles elementos de integración de que disponen de momento los jueces se encuentra, sin duda, la analogía (art. 4.1 CC), que permitiría considerar aplicable la regla de la equivalencia entre días trabajados como días cotiza-

106. Así, por ejemplo, en el ATC 73/2013, de 8 de abril, para una incapacidad permanente total; en el ATC 76/2013, de 9 de abril, al hilo de una pensión de viudedad; y en el ATC 77/2013, de 9 de abril, para una pensión de jubilación.

107. En pensiones de jubilación otorgan el amparo la STC 72/2013, de 8 de abril y las SSTC 116 y 117/2013, de 20 de mayo. Para una pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común: STC 71/2013, de 8 de abril.

dos, al modo de lo que acaece en la prestación por desempleo (art. 3.4 RD 625/1985, de 2 de abril).

Siendo ésta la solución menos comprometida para la judicatura, lo cierto es que extender tal criterio puede incurrir en nuevos tratos desiguales injustificados entre los distintos trabajadores a tiempo parcial (tiempo parcial vertical y horizontal) y entre éstos y los de tiempo completo. Entre los primeros, porque de tratarse de un trabajo parcial por días en el que día trabajado se equipara a día cotizado, se pierden los días no trabajados. De este modo, cuando se trata de un contrato a tiempo parcial por menos días pero con jornada completa, lo cierto es que considerar que cada día trabajado es un día cotizado, el tiempo trabajado termina por valer menos en términos de cotización acreditada que en un contrato de trabajo parcial con jornada reducida equivalente (o inferior) pero continuado en el tiempo. En un ejemplo, ello supondría que un contrato a tiempo parcial de 20 horas semanales distribuidas en 5 días tendría más días de cotización (5 días cotizados) que las mismas 20 horas distribuidas en 3 días (3 días cotizados) a pesar de que el trabajo desempeñado y el esfuerzo contributivo sería el mismo¹⁰⁸.

A su vez, considerar el día trabajado a día cotizado independientemente del número de horas trabajadas al día, es susceptible de incurrir en una nueva desigualdad, pero ahora con los trabajadores a tiempo completo cuyas carreras profesionales no sean continuadas o que tengan contratos temporales, pudiendo resultar más favorecido en términos de carencia un contratado a tiempo parcial de 2 horas al día con un contrato indefinido que al final se extingue al año, que uno a tiempo completo pero cuya duración del contrato sea de 6 meses, computándose al segundo la mitad del tiempo que el primero pese a ser mayor su esfuerzo contributivo, ya que se contarían como periodos de cotización los días de duración del contrato y no las horas trabajadas y cotizadas.

También podría argumentarse que la diferencia entre tiempo completo y parcial lleva a que con un distinto esfuerzo contributivo entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial obtengan un mismo resultado si se toma en cuenta el día como trabajado y cotizado con independencia de las horas de trabajo: acceso a la pensión de cumplir los años requeridos. Resultado válido, pues la cuantía del trabajador a tiempo parcial sería inferior y proporcional a su esfuerzo contributivo, en consonancia con el principio de proporcionalidad bendecido por el TC y el TJ para la cuantía de la pensión. Pero lo cierto es que no se puede olvidar que en nuestro sistema existe una prestación asistencial, los denominados «complementos por mínimos»¹⁰⁹ fijados anualmente en la Ley

108. ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo», *op. cit.*, pp. 171-172.

109. De modo que cuando la cuantía de la pensión reconocida es inferior al importe mínimo establecido para la pensión contributiva mínima establecida para ese año, se procede a la concesión de un complemento económico en igual cuantía al necesario para alcanzar dicho importe, teniendo en cuenta los ingresos, pensiones y situación familiar del solicitante.

de Presupuestos Generales del Estado (art. 50 LGSS) que provocan que, al final, otorgar el acceso a la pensión de jubilación los trabajadores a tiempo parcial con independencia de las horas cotizadas provoque en la práctica un resultado injusto, como es el de que la cuantía mínima de la pensión pueda ser idéntica para un trabajador que ha realizado la mitad del esfuerzo contributivo que la de otro que lo ha doblado y que por sus cotizaciones también sólo ha alcanzado la pensión mínima, aunque sin necesidad de complementos. Ciertamente, los complementos por mínimos sólo se obtienen en determinadas circunstancias debidas básicamente a la escasez de rentas. Pero lo cierto es que en estos casos de mini contribución es predecible que precisamente ese sea el supuesto de hecho y el Estado tenga que proceder a completarlas, incrementando así el régimen contributivo y profesional, esto es, vinculado a las aportaciones y el esfuerzo contributivo personal al sistema de seguridad social, con el consiguiente déficit para la caja única.

Ante este resultado y argumento podría esgrimirse como causa de justificación de la diferencia y del derecho al acceso de los trabajadores a tiempo parcial, el principio de igualdad material y no formal (art. 14 y 9.2 CE), la suficiencia de las pensiones (art. 41 CE). Pero también en sentido inverso, puede razonablemente esgrimirse que para las situaciones de necesidad ya existe una pensión, la de jubilación no contributiva, cuya suficiencia no se ha discutido y que busca, precisamente, atajar los estados de necesidad de aquéllas personas que no han logrado cubrir la carrera de seguro y protegerlas contra el mismo riesgo de vejez.

B. EQUIPARAR EL TIEMPO DE DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO CON PERÍODO DE CARENIA

Otra posibilidad es computar los periodos de vinculación contractual, con independencia de los días y horas trabajados. Tal posibilidad solventa ciertamente el problema de los trabajadores a tiempo parcial con trabajo acumulado en determinados periodos de tiempo y que no se desarrollan a lo largo de todo el año. como parece declarar el TJ en el asunto *Tiziana Bruno*¹¹⁰ donde se afirma, en un caso de trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico en el que se excluyen los periodos no trabajados, que el principio *pro rata temporis* es válido en la cuantía de la prestación de los trabajadores a tiempo parcial pero no en la antigüedad y el tiempo que computa para el acceso, si bien ciertamente este

110. STJ de 10.6.2010, as. *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v. Tiziana Bruno, Massimo Pettini (C-395/08), Daniela Lotti, Clara Matteucci (C-396/08)* donde se afirma 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» y que «el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a pensión se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los periodos no trabajados» (ap. 66).

pronunciamiento se enmarca dentro de las pensiones de regímenes profesionales y no de las legales de seguridad social, donde la interpretación judicial del TJ suele ser más restrictiva, aunque no lo haya sido en el caso *Elbal Moreno* que, junto con la STC 61/2013 pudieran llevar a tal conclusión. Pero en puridad, lo que éstas indican es que no se han conseguido evitar con las medidas correctoras la desprotección social, por lo que cabría entender que en realidad abren otras posibilidades dentro del marco del test de la «proporcionalidad» buscando soluciones menos gravosas, en las que también se puedan barajar otros derechos y bienes constitucionales afectados. Y debe partirse de que esta propuesta, al igual que la anterior y por parecidos motivos, en casos extremos puede generar injustos agravios comparativos respecto de los trabajadores que han desarrollado su actividad y cotizado a tiempo completo, o incluso entre los propios trabajadores a tiempo parcial según su modalidad y, por ende, ejercer una presión financiera excesiva sobre el sistema de seguridad social¹¹¹.

C. CONSIDERAR CADA HORA TRABAJADA COMO HORA COTIZADA (SIN Y CON COEFICIENTES REGULADORES)

La consideración de la hora trabajada como hora cotizada ya fue declarada inconstitucional por la STC 253/2004, a cuyos argumentos remitimos. Y ahora también los coeficientes mitigadores han sido declarados contrarios al Derecho de la Unión Europea (Sentencia *Elbal Moreno*) a la par que inconstitucionales (STC 61/2013) pues, pese a los coeficientes paliativos, en realidad, el coeficiente de 1.5 sólo permite el acceso si se desempeña más del 66'7% de la jornada máxima legal, de modo que todos los trabajadores con jornadas inferiores a tal porcentaje necesitaban más de quince años naturales para causar la pensión, y para jornadas inferiores al 20% durante toda la vida laboral el número de años naturales necesarios superaría los cincuenta años, lo que llevaría a la práctica imposibilidad de percibir una pensión de jubilación¹¹².

Pero se podría estudiar un sistema que ampliara el referido coeficiente y que, además, tomara como referencia para el cómputo de los días teóricos de cotización no la jornada máxima legal, sino la jornada «habitual» en la actividad de que se trate, en tanto puede ser inferior al máximo legal y por ello más beneficiosa para los trabajadores a tiempo parcial.

111. Como apunta la doctrina, un trabajador con jornada ínfima (un día de trabajo a la semana, y sólo por unas horas), con contrato indefinido al que se aplicara este sistema de cómputo, lograría completar el período de carencia para tener derecho a la pensión de jubilación al mismo tiempo que un trabajador empleado a jornada completa y obtendría, a partir de una base reguladora sumamente reducida, una pensión por el importe mínimo después de sumar a la pensión resultante el complemento por mínimos, todo ello con un esfuerzo contributivo insignificante: CAVAS MARTÍNEZ, E., «La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio», *op. cit.*, pp. 15-16.
112. Más exactamente sólo los contratos a tiempo parcial cuya jornada represente un porcentaje del 66,6292% de la máxima legal, como apunta RUIZ SALVADOR, J. A., *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social*, Bomarzo, 2003, p. 198.

Del mismo modo, podría estudiarse la traslación de mecanismos previstos en alguno de los sistemas especiales, como en el Frutas, Hortalizas y Conservas, regulado en la Orden de 30 de mayo de 1991, donde se prevé que a cada día o porción de día efectivo de trabajo se añade la parte proporcional de los días de vacaciones, festivos no recuperables y de descanso semanal que en cada caso corresponda y por los que se haya cotizado, aumentando así la proporcionalidad¹¹³.

D. DISMINUCIÓN PROPORCIONAL DE LOS PERÍODOS DE CARENIA EXIGIDOS

Aplicar la proporcionalidad también a los periodos de carencia requeridos, es decir, exigir unos periodos de carencia proporcionales a la parcialidad del contrato. De este modo, si un trabajador realiza la mitad de la jornada máxima, se le exigirían la mitad de los años del periodo de carencia exigidos legalmente¹¹⁴. No obstante si la función del periodo de carencia exigido legalmente para acceder a una prestación es la de evitar fraudes y asegurar un determinado esfuerzo contributivo para la adquisición de un derecho (en esto no se diferencia de las compañías de seguros), en el caso de la jubilación una pensión vitalicia, cualquiera que sea la cantidad, que en los casos a tiempo parcial será previsiblemente la mínima por la aplicación de los complementos de mínimos, la presión sobre el sistema financiero de la Seguridad Social se ve igualmente implicada, provocándose desigualdades posibles con trabajadores a tiempo completo que por no poder tener contratos estables continuados no cubren el periodo de carencia exigido, perdiendo igualmente sus contribuciones¹¹⁵ (mayores debido a su mayor esfuerzo contributivo). Situación por cierto que nadie cuestiona en un sistema de reparto y no de capitalización individual.

La proporcionalidad en la disminución de los periodos de carencia, aunque puede ser una vía, no parece que lo deba ser aplicando una proporcionalidad estricta. Si un trabajador a tiempo parcial trabaja un 10% de la jornada de uno a tiempo completo, con tal aplicación ¿ello supondría que se le reduce el 10% de los 15 años exigidos, es decir, 15 años o más bien al contrario 14 y medio? Teniendo en cuenta las finalidades del periodo de carencia y los bienes en juego, la única posibilidad coherente en caso de estudiarse esta posibilidad sería la de estudiar tramos de disminución en función de la jornada parcial, pero no una proporcionalidad neta.

Además, tal opción también debiera ponderarse con el delicado tema de

113. FERRADANS CARAMÉS, C., «La aplicación del principio de no discriminación al modo de cálculo de los periodos de carencia en los contratos a tiempo parcial», p. 15.

114. Esta posibilidad se comienza a barajar por la doctrina: FERRADANS CARAMÉS, C., «La aplicación del principio de no discriminación al modo de cálculo de los periodos de carencia en los contratos a tiempo parcial»; CABEZA PEREIRO, J., <http://conjaimeca-beza.blogspot.com.es/Eu>.

115. TEJERINA ALONSO, J. I., «Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 y de sus consecuencias para el ordenamiento jurídico español», *Justicia Laboral*, nº 54, 2013, en prensa, con interesantes reflexiones sobre las particularidades de nuestro sistema.

los complementos por mínimos, quizás con proporcionalidad también en ellos, o reajustarlos en su cuantía (¿vía tramos?) en función de que el acceso a la pensión de jubilación contributiva haya venido dado por la insuficiencia de cotizaciones o por un menor periodo de carencia.

E. UTILIZAR CRITERIOS DISTINTOS AL DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA MEDIR LOS REQUISITOS DE CONTRIBUTIVIDAD

Se ha sugerido igualmente arbitrar una forma propia de computar la cotización de los trabajadores a tiempo parcial que no se basara exclusivamente en el cómputo del tiempo de trabajo, sino en el valor de lo aportado a lo largo de la carrera asegurativa, tal y como se ha hecho en algunos sistemas incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social con peculiaridades como, por ejemplo, en el sistema de los toreros y los artistas, en los que ante la dificultad de seguir y controlar el tiempo real de trabajo, el esfuerzo contributivo cuantitativo puede determinar el tiempo cotizado y no a la inversa¹¹⁶. Pero siendo conscientes del distinto ámbito aplicativo al que se podría extender la regla, pues no es lo mismo hablar de colectivos subjetivos o funcionales, por razón de la especialidad de su actividad, que de colectivos objetivos, en razón de su modalidad de jornada.

F. EXCLUIR DEL SISTEMA AL TRABAJO MARGINAL O REDUCIR SU PROTECCIÓN

Otra posibilidad, en combinación con alguna de las antes expuestas, podría ser hacer uso de la habilitación contemplada en el art. 7.6 LGSS para excluir a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pudiera considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida¹¹⁷. Ocurre que tal posibilidad, que debe hacerse por el Gobierno oídos los Sindicatos más representativos o el Colegio Oficial competente, se condiciona a que sea «a instancia de los interesados» y tan sólo se ha aplicado una vez¹¹⁸ y resulta difícilmente extrapolable a un conjunto genérico de trabajadores como el que nos ocupa.

Pero también cabría reducir la protección en los trabajos marginales. Tal posibilidad se ha conocido en la legislación española a través del RD Ley 18/1993 de 3 de diciembre por el que se redujo la protección de los trabajadores contratados a tiempo parcial cuya prestación efectiva de servicios fuera inferior

116. Estas sugerencias en FERRADANS CARAMÉS, C., «La aplicación del principio de no discriminación al modo de cálculo de los periodos de carencia en los contratos a tiempo parcial», *op. cit.*, p. 15.

117. Sobre el mismo, poniendo de relieve que al final la exclusión del trabajo marginal se ha encauzado por la vía de la declaración judicial de inexistencia de relación laboral: VÁAZQUEZ MATEO, F., «Trabajo marginal y Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, 1989, nº 40, pp. 519 ss.

118. Decreto 1382/1972 de 6 de mayo del Régimen General a los trabajadores de la empresa Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España que limiten su actividad a los días en que se celebren carreras de caballos en el hipódromo de Madrid.

a 12 horas a la semana o 48 al mes. En tal caso no se les excluía del sistema, por el contrario se les incluía en el ámbito de cobertura del Régimen General, pero restringiendo el marco de la acción protectora pues los derechos de protección social sólo incluían las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y Fondo de Garantía Salarial (art. 4.3). Situación que se mantuvo, abocando a que se les denominara los «contratos basura», hasta el RD Ley 8/1997, de 16 de mayo.

Opciones de este tipo son, sin duda, polémicas. Desde un punto de vista de solidaridad parece en principio criticable barajar siquiera esta opción. Pero, en puridad, además que para la solidaridad ya existe la pensión de jubilación no contributiva, su uso evitaría el que se ha denominado «efecto Mateo», calificado así por la conocida cita evangélica sobre la parábola de los talentos en la que se afirma que «al que más tiene más se le dará, y al que menos tiene, se le quitará para dárselo al que más tiene» (Mt, cap. 25, vers. 14-30) y que aboca, en definitiva, a que muchas veces los que están en peor situación paguen, pero no reciban nada o reciban muy poco¹¹⁹. Gran parte de los trabajadores a tiempo parcial marginal (y no tan marginal como han demostrado las sentencias del TJ y del TC) al final pagan al sistema de Seguridad social cotizaciones para pensiones de jubilación que no van a disfrutar, en tanto no logran el acceso, y sólo sirven para abonar prestaciones a los que más tienen, los trabajadores a tiempo completo.

Podría decirse que lo que hay que hacer es facilitarles en todo supuesto el acceso y buscar soluciones exclusivamente en este sentido. Pero un acceso indiscriminado, con independencia de las horas trabajadas a todo trabajador a tiempo parcial, aboca a desigualdades en sentido inverso. Respecto a contratos temporales, respecto a personas que han trabajado en su vida más número de horas pero no han tenido continuidad en la carrera de seguro y no han cotizado en los últimos años exigidos, respecto a los trabajadores a tiempo completo, con quien habiendo cotizado más tiempo no tiene derecho a pensión por no estar en alta, entre otros. Y a la vez, la expulsión de trabajos marginales del sistema de cotización, al modo alemán, permite a quienes los desempeñan no tener que pagar cotizaciones que en nada les repercuten y que, por el contrario, contribuyen a las pensiones de los demás.

El milagro alemán, aunque sea falso, se sustenta en *mini-jobs* (en realidad denominado en Alemania trabajo marginal)¹²⁰, en los que para trabajos de unos 400 euros mensuales o se limita de antemano, dentro del año natural, a no más de dos meses o 50 días laborales, los empresarios mantienen sólo una obligación

119. DESDENTADO BONETE, A., «La reforma de la Seguridad Social en 2006. Algunas reflexiones sobre el Acuerdo de 13.7.2006», *Revista Social* (Actum Memento), Francis Lefebvre, nº 127, 2007, acuñando en España la metáfora de la parábola de los talentos que usara DELEECK, H., «L'effet Mathieu», *Droit Social*, nº 11, 1979, al que cita.

120. ARUFE VARELA, A., «Los *mini-jobs* alemanes. Un estudio de su régimen jurídico, laboral y de seguridad social comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 155, 2012, p. 18.

de cotización en materia de pensiones, menor a la general (sólo 15% del minisalarario bruto abonado al trabajador), y en materia de accidentes de trabajo y en los que se libera al trabajador no sólo de los impuestos, sino de las cuotas de seguridad social, si bien permitiendo a los que estén interesados en adquirir o no perder los derechos del seguro de pensiones a abonar el 4,6% del salario a dicho seguro para completar la cuota completa que es del 19.60%¹²¹. La exclusión de estos colectivos de la afiliación y cotización obligatoria a la pensión de jubilación logra que un número considerable de trabajadores precarios no consten en la lista de desempleados, pero aunque aparentemente el número de empleados aumenta, no se hace más que redistribuir el trabajo existente en condiciones de precariedad¹²². Pero al menos los trabajadores no sufren el efecto Mateo pues no pagan por esta contingencia salvo que así lo deseen.

Con la rebaja de la protección (y de la cotización proporcional a la misma) podría pensarse (y casi afirmarse) que al final el grupo expulsado o menos protegido estaría conformado mayoritariamente por mujeres y que sería indirectamente discriminatorio. Cierto. Pero el TJ, con la ayuda de la Directiva 79/7 ya ha considerado que no se opone a la misma cuando está justificada la exclusión, considerándola conforme si responde a un principio estructural de un régimen contributivo de Seguridad Social, constituye el único medio para responder a una demanda social de dichos empleos y su finalidad es evitar que aumenten los empleos ilegales y las maniobras de evasión de la legislación social, a decir de los casos *Nolte* y *Megner/Scheffel* ya mencionados en los que, precisamente, se analizaban los *mini-jobs* alemanes. A lo que podría añadirse que este mismo Tribunal también ha tenido la oportunidad de declarar que «el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro, para controlar sus gastos sociales, adopte medidas que producen el efecto de privar a determinados grupos de personas de prestaciones de Seguridad Social siempre y cuando estas medidas respeten el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, tal y como se define en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 79/7» (ap. 29 del asunto *Roks*).

El debate ético y técnico reside así en valorar si en momentos de crisis, e incluso como medida exclusivamente coyuntural, es mejor que trabajen un mayor número de personas con salarios más bajos derivados de su menor vinculación laboral, al margen del sistema de Seguridad Social o mediante un sistema de menor cotización por contingencias comunes que compense la ausencia de algunas prestaciones (evitando así que paguen y no reciban), o si se prefiere la subvención o, en ausencia de fondos, directamente la expulsión del mercado de trabajo y del sistema de protección social. O si se quiere dejar de pagar

121. VELASCO PORTERO, M. T., «Las políticas de empleo en la República Federal de Alemania: organización administrativa y territorial y medidas de fomento de empleo. Especial referencia a los *mini-jobs*», *Documentación Laboral*, nº 94, 2012, p. 126.

122. Vid. las interesantes reflexiones de HIRSCHL, D., en su artículo de opinión «Cuidado con la poción mágica alemana» publicado en *El País* el 30.5.2013, p. 31. En mismo sentido los datos recogidos por ARUFE VARELA, A., «Los *mini-jobs* alemanes», *op. cit.*, p. 26.

ayudas para desempleados que hayan agotado su prestación o subsidio por desempleo y que el coste se asuma directamente por los empresarios a través de contratación marginal. La calificación de desproporción que el TJUE hace a la normativa española es debida a que no es la menos gravosa para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social, y porque se paga y no se recibe. Si no se paga estamos en otro escenario (el de los casos *Nolte* y *Scheffer*). Ausencia de pago que llevaría a una reforma de la cotización por contingencias comunes o que podría viabilizarse mediante la devolución del capital cotizado de modo actualizado.

El problema esencial reside en si decantarse por el efecto Mateo, o en igual desproporción, incurrir en el «efecto Viridiana» donde, a partir de la película de Buñuel (en la que su protagonista tiene que renunciar a su vocación de monja y se queda en la mansión heredada de su tío para practicar la caridad con un grupo de pobres, termina por ser asaltada y robada por éstos abusando de su generosidad), se podría sustentar una crítica feroz a la caridad y a la beneficencia como norma de acción social condenada irremediabilmente al fracaso «que, extendida al Estado de bienestar, sería una especie de parábola neoliberal que denunciaría los efectos perversos de las políticas sociales»¹²³. Es decir, si ser excesivamente generosos en las pensiones contributivas y vitalicias como la de la jubilación, no va en detrimento de las pensiones no contributivas y su *ratio* de solidaridad, además de en contra de otros supuestos sangrantes en los que los trabajadores a tiempo completo por faltarles un año de periodo de carencia se quedan también sin acceso a la prestación y el resultado sea terminar con el sistema asistencial y la reducción de las pensiones y de los complementos por mínimos.

En todo caso, señalar que ni el TC ni el TJUE cuestionan el sistema español si afectara por igual a hombres y mujeres, con lo que podría procederse a una reforma temporal hasta tanto se equiparase la *ratio*, lo que en tiempos de crisis parece no tan lejano. E, incluso, convendría analizar el sector de que se trata a los efectos de una correcta desagregación de las estadísticas, pues lo curioso es que en todos los casos que han dado lugar a estos pronunciamientos son de limpiadoras, pero a lo mejor en otros casos (secretariado, por ejemplo, donde la mayoría son mujeres), no existía la tacha declarada. Estas perspectivas deberían igualmente barajarse.

La solución al dilema en que se encuentra el legislador español en relación con el tiempo parcial no se vislumbra para nada sencilla. En todo caso la ardua tarea ya ha comenzado. El 18 de abril de 2013 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó una proposición no de ley relativa a la determinación del sistema de pensiones para trabajadores a tiempo parcial y para la definición del factor de sostenibilidad, presentada por los grupos Popular, Socialista, de CiU y del PNV, en la que se insta al Gobierno a que, en el marco de la Comisión

123. Como gráficamente ha hecho notar la doctrina: DESDENTADO DAROCA, E., *Seguridad Social. Una introducción práctica*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 23.

parlamentaria sobre Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo y el Diálogo Social, se proceda a elaborar, con el máximo nivel de acuerdo, la normativa que regule un nuevo sistema de cotización del tiempo parcial en el sistema de Seguridad Social¹²⁴. Lo que ha dado lugar, de momento, a la comparecencia del Secretario de Estado para la Seguridad Social en la Comisión de seguimiento y evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo el 23 de abril de 2013, donde se detallan los enormes problemas que plantea una nueva regulación en la materia¹²⁵

En este espinoso camino, es evidente que en un sistema contributivo el principio de contributividad no puede desdeñarse, por mucho que no sea el único que haya que barajar en esta difícil diatriba en la que se encuentra nuestro sistema de Seguridad Social. Debe acompañarse, sin margen de duda, del principio de solidaridad, pero también del de sostenibilidad. La línea de «mejora» señalada para la protección social de los trabajadores a tiempo parcial por la Dispos. ad. 29.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto¹²⁶, ya decaída, no puede llevar a olvidar tampoco el art. 8 de esta misma norma, ni olvidar el propio cuestionamiento del concepto de trabajo a tiempo parcial que, a lo mejor, conviene también repensar.

Cualquiera que sea la vía ingeniosa para salvar el enorme problema en el que la Sentencia Elbal Moreno ha metido al sistema español (sin conocerlo del todo y diferenciarlo de otros sistemas comparados¹²⁷ y sin examinar la relación

124. <http://www.congreso.es/docu/tramit/LegX/162.618.pdf>: Texto de la Proposición no de Ley de los Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso Socialista, Catalán (Convergència i Unió) y Vasco (EAJ-PNV), relativa a la determinación del sistema de pensiones para trabajadores a tiempo parcial y para la definición del factor de sostenibilidad (núm. expte. 162/000618), aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 18 de abril de 2013. «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que, en el marco de la Comisión parlamentaria sobre Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo y el Diálogo Social, se proceda a elaborar, con el máximo nivel de acuerdo, la normativa que regule: 1. Un nuevo sistema de cotización del tiempo parcial en el sistema de Seguridad Social, para dar efectivo y adecuado cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013 relativa a la cuestión de inconstitucionalidad 5862-2003 planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en relación con la Disposición adicional séptima del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. 2. El factor de sostenibilidad previsto en el artículo 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social».

125. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, X Legislatura, Comisiones, núm. 304. Sesión núm. 9 celebrada el martes 23 de abril de 2013 (http://movil.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-304.PDF).

126. Estableciendo la obligación del Gobierno de presentar, en el plazo de un año (teniendo en cuenta que la entrada en vigor de esta disposición es 1 de enero de 2013) y previa discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley que «mejore la consideración de los períodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial».

127. TEJERINA ALONSO, J. I., «Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 y de sus consecuencias para el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*

del sistema contributivo con el asistencial que hubiera podido quizás justificar la situación) en un momento de crisis en el que se nos reclama por Europa la rebaja de las pensiones pero, por otro lado, se nos condena a ampliar su concesión sin beneficio para la caja única en un sistema de reparto y no de capitalización, lo cierto es que el Estado español debe proceder a cumplir la sentencia (y la del TC), debiendo tener cuidado pues la reparación de los perjuicios de una situación discriminatoria siempre queda abierta¹²⁸.

Y ello incluso aun cuando las consecuencias financieras sean importantes pues, como indica el TJ en el asunto *Sarah Margaret*¹²⁹ las consecuencias financieras que podrían derivarse de una sentencia del TJ para un Estado miembro no pueden justificar por sí solas la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia (ap. 41) habiendo aceptado el TJ la limitación de los efectos de una sentencia de modo excepcional «en circunstancias muy determinadas, cuando, por una parte, existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión de las Comunidades Europeas» (ap. 42). Motivo tampoco esgrimido por el Estado español. Perjuicios entre los que no se aplica el pago de intereses sobre las cantidades debidas consecuencia del trato discriminatorio¹³⁰.

128. STJ de 21.6.2007, as. ac. *Office national des pensions y Emilienne Jonkman y otras (Hélène Vercheval y Noëlle Permesaen)* (C-231 a 233/06), ap. 40.

129. STJ de 27.4.2006, as. *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions* (C-423/04).

130. Tal posibilidad se aceptó en el marco de la Directiva 76/207/CEE en la STJ de 2.8.1993, as. *M.Helen Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* (C-271/91), exigiéndose una reparación íntegra que no podía estar limitada *a priori* ni podía ser excluida del pago de los intereses, concediendo el pago de los intereses sobre la cantidad abonada en concepto de indemnización por un despido discriminatorio. La duda era si esta doctrina era o no extrapolable a la Directiva 79/7. Ello se resuelve en la STJ de 22.4.1997, as. *The Queen c. Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton* (C-66/95), donde se rechaza el pago de intereses por la distinta naturaleza jurídica entre la indemnización (que trata de reparar un perjuicio sufrido como consecuencia del despido discriminatorio) y el pago de una prestación (donde lo que se examina es si se tiene o no derecho a la prestación por cumplir los requisitos legalmente establecidos y las cantidades pagadas no tienen carácter de reparación de un perjuicio sufrido) y, en definitiva, entre la reparación de daños y los principios de la responsabilidad del Estado (ap. 25).