

Las personas trabajadoras fijas discontinuas de fecha incierta no tienen acceso a la jubilación parcial anticipada.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *Los trabajadores fijos discontinuos cuya actividad se repite en fechas no ciertas, si bien no tienen la consideración, a efectos laborales, de trabajadores a tiempo parcial pues su contratación se configura legalmente como una modalidad contractual autónoma, no pueden acceder a la pensión de jubilación parcial vinculada a la celebración de un contrato de relevo, porque no cumplen el requisito de ser trabajadores a tiempo completo a efectos de la normativa de Seguridad Social, que los equipara a trabajadores a tiempo parcial.*

Palabras clave: *Trabajo fijo discontinuo. Jubilación parcial. Pensión de jubilación. Contrato de relevo.*

Abstract: *Discontinuous permanent workers whose activity is repeated on uncertain dates, although they are not considered, for labor purposes, part-time workers since their hiring is legally configured as an autonomous contractual modality, cannot access the partial retirement situation linked to the execution of a relief contract, because they do not meet the requirement of being "full-time" workers for the purposes of Social Security regulation, which equates them to workers at part time.*

Keywords: *Discontinuous permanent work. Partial retirement. retirement pension. Relief contract.*

I. Introducción

Los trabajadores fijos discontinuos cuya actividad no se repite en fechas ciertas generalmente no se han asimilado, de manera automática, a trabajadores a tiempo parcial, a diferencia del contrato para trabajos fijos periódicos (o fijos discontinuos de fecha cierta), que hasta la modificación de los arts. 12 y 16 del Estatuto de los Trabajadores por Real Decreto-Ley 32/2021, era considerado una modalidad o variante del contrato indefinido a tiempo parcial. En consecuencia, y siempre en el ámbito de la legislación laboral, los trabajadores fijos discontinuos podían (y pueden hoy) ser trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial. Y es que la naturaleza del contrato de trabajo fijo discontinuo no depende la duración de la jornada sino de la actividad que con él se va a atender, la cual reviste la importante particularidad de reproducirse en la empresa de manera cíclica e intermitente, por períodos más o menos homogéneos, en fechas ciertas o inciertas.

La STS núm. 641/2022, de 12 de julio, de la Sala de lo Social, afronta la cuestión relativa a si los trabajadores fijos discontinuos de fechas no ciertas cumplen o no el requisito de ser trabajadores a tiempo completo exigido por la normativa de Seguridad Social, a efectos de poder acceder a la pensión de jubilación parcial antes de haber

cumplido la persona trabajadora la edad ordinaria de jubilación aplicable en cada momento (con simultánea celebración de un contrato de relevo). La precisión es pertinente, porque la condición de trabajar a jornada completa no se exige en cambio para que un trabajador o una trabajadora pueda reducir su dedicación y jubilarse de forma parcial una vez que ha cumplido la edad ordinaria de jubilación (art. 215.1 LGSS).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 641/2022, de 12 de julio.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 1881/2020.

ECLI: ES:TS:2022:3116

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sr. Dña. María Luz García Paredes.

Votos particulares: Uno.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Una trabajadora, con categoría profesional oficial de segunda, suscribe con su empresa una pluralidad de contratos a jornada completa, para la realización de actividad fija discontinua, en fechas no ciertas. En un momento dado, suscribe con su empleadora un contrato a tiempo parcial del 25% de su jornada, asociado a un contrato de relevo y a tiempo completo.

Solicitado el reconocimiento de la pensión de jubilación parcial, la es denegada por la Entidad Gestora por no acreditar un periodo de antigüedad a tiempo completo en la empresa de al menos seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. Frente a dicha denegación presenta demanda en la que, tras exponer que su actividad era fija discontinua y que en los periodos inciertos en los que prestaba la actividad trabajaba a jornada completa, reclama el derecho prestacional que le había sido denegado. La demanda fue estimada por el Juzgado de lo Social y la resolución de este recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS.

Resolviendo el recurso, la STSJ País Vasco, de fecha 27 de mayo de 2020 (rec. 454/2020), considera que los trabajadores fijos discontinuos con actividad en fechas no ciertas lo son a tiempo completo y no a tiempo parcial como pretende el INSS. A tal efecto, y siempre en referencia al estado normativo anterior a la refundición operada por el RDL 32/2021 entre las diversas modalidades de trabajo fijo discontinuo, tiene en cuenta la evolución que ha experimentado la regulación de esta figura hasta el deslinde entre aquellos trabajadores fijos discontinuos cuya actividad se repite en fechas previstas, conceptuados como trabajadores a tiempo parcial indefinidos en el art. 12.3 ET, de aquellos otros cuya actividad no se repite en fechas ciertas. Estos últimos, sigue diciendo el TSJ vasco, se regulan por el art. 16 del ET que, por definición, no es un contrato a tiempo parcial, como puede obtenerse del apartado 8 de aquel precepto (que habilita a los convenios colectivos a permitir que los contratos de trabajo fijos discontinuos se celebren a tiempo parcial, de lo que se infiere que, como regla general, son a tiempo completo). Junto a ello, señala la Sala de suplicación que, respecto de la antigüedad exigida como requisito para acceder al derecho, no es exigible que dicha antigüedad sea ininterrumpida, sino meramente anterior al hecho causante de la pensión de jubilación parcial.

La sentencia de contraste seleccionada por la Entidad Gestora recurrente es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares, de 21 de noviembre de 2011 (rec. 570/2011). La misma resuelve un supuesto en el que al trabajador, que

prestaba servicios como fijo discontinuo en fechas no ciertas, le fue denegada en vía administrativa la pensión de jubilación parcial, vinculado a un contrato de relevo, denegación que fue confirmada en instancia y por la Sala de suplicación.

IV. Posición de las partes

1. El recurso de casación para la unificación de doctrina de la Entidad Gestora

La representación letrada del INSS y de la TGSS sustenta el rcud. planteado sobre un único motivo de infracción normativa, en el que preconiza que ha de estarse al régimen legal anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en atención a su Disposición Transitoria 4ª.5. Seguidamente, determina la regulación de la jubilación parcial aplicable al caso, que es la recogida en el art. 166 de la LGSS 1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007, para indicar que, a partir de tal disposición, la modalidad de jubilación parcial solo se contempla a favor de los trabajadores a tiempo completo, tal y como hoy mantiene el art. 215.2 de la LGSS 2015. Siendo ello así, sigue diciendo la Entidad Gestora, la Disposición Adicional 7ª.2 de la LGSS 1994 (hoy art. 245.2 de la LGSS 2015) establece que las reglas de la Sección 1ª del Capítulo XVII del Título II –“Trabajadores contratados a tiempo parcial”- se aplicarán a los trabajadores a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato fijo discontinuo de los arts. 12 y 16 del ET, incluido en el campo de aplicación del Régimen General, recordando a tal efecto la STS de 14 de julio de 2016, rcud. 3254/2015 y las que en ella se citan, para resaltar la singularidad que en el ámbito de la seguridad social se ha dado al régimen del trabajo fijo discontinuo en relación con el ámbito laboral remitiéndose, también, a la exposición de motivos del RD 11311/2002 que así lo expresa. Con base en todo ello, entiende que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, que resuelve conforme a la jurisprudencia que el motivo recoge (SSTS de 12 de abril de 2011, rcud.1872/2010 y 25 de junio de 2012, rcud. 2881/2012)^[1].

2. Posición de la parte recurrida

La parte recurrida (la trabajadora) se opone al recurso, aduciendo inexistencia de contradicción, toda vez que se ha producido un cambio de criterio en la Sala balear de la que procede la sentencia de contraste.

3. El informe del Ministerio Público

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando en primer término la desestimación del recurso por falta de contradicción y, subsidiariamente, su procedencia en el caso de analizarse el fondo del recurso.

4. La existencia de contradicción

La Sala Cuarta considera que entre las sentencias recurrida y de contraste existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios. Identidad que viene configurada por la condición que tienen los demandantes de uno y otro supuesto, como trabajadores fijos discontinuos, y que atienden una actividad que se ejecuta en fechas no ciertas. En ambos casos se interesa por el trabajador el derecho a una pensión de jubilación parcial, vinculada a un contrato de relevo, derecho prestacional que la sentencia recurrida le ha reconocido y la de contraste deniega.

Se admite que la sentencia recurrida recoge en su crónica de hechos probados que, en los periodos en que se trabajaba, ello se hacía a tiempo completo, lo que no se afirma en la sentencia de contraste, pero la Sala entiende que ello resulta irrelevante en este caso porque, aunque los periodos trabajados abarquen jornadas completas, ello no ha alterado el carácter fijo discontinuo del contrato.

En cuanto al reproche formulado por la parte recurrida sobre la pérdida de valor de la sentencia del TSJ balear como resolución de contraste, la Sala Cuarta resuelve que

la misma es totalmente idónea como sentencia referencial, sin que los argumentos vertidos por la parte recurrida al impugnar el recurso, consistentes en que ha existido un cambio de criterio en la Sala de suplicación que resuelve la sentencia de contraste, puedan asumirse para negar tal carácter. Y ello porque “la pérdida de valor referencial de las sentencias que se acogen a una doctrina que ha sido posteriormente modificada es aplicable a las dictadas por esta Sala IV, pero no puede predicarse en cambio de las pronunciadas por la Sala Social de los Tribunales Superiores de Justicia.”

V. Normativa aplicable al caso

El escrito de recurso de la Entidad Gestora identifica como preceptos legales aplicables el art. 166.2 de la LGSS 1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007, aplicable al supuesto en atención a la Disposición Transitoria 4ª.5 de la LGSS 2015 y Disposición Adicional 7ª.2 de la LGSS 1994, en relación con los arts. 12 y 16 del ET y arts. 9 y 10 del Real Decreto (RD) 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial.

VI. Doctrina básica

Las claves de la doctrina fijada por la Sala Cuarta del TS en este tema pueden resumirse del siguiente modo:

-En el ámbito de la Seguridad Social, incluidas las prestaciones, la normativa aplicable a los trabajadores a tiempo parcial también resulta de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos, sean estos de fecha cierta o incierta.

-El contrato de trabajo fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas no es un contrato a tiempo parcial, según la regulación anterior al RDL 32/2021, pero desde la perspectiva de la Seguridad Social no se trata de un trabajador a tiempo completo pues no se prestan servicios todos los días del año y se realiza una jornada de trabajo en cómputo anual inferior a la contemplada como ordinaria y a tiempo completo para dicha actividad.

-En consecuencia, y partiendo de este principio de asimilación entre trabajadores fijos discontinuos y trabajadores a tiempo parcial, ambos tipos de trabajadores fijos discontinuos tienen vedado el acceso a la pensión de jubilación parcial anticipada, al no reunir el requisito legal de efectuar una jornada a tiempo completo en el momento del hecho causante.

VII. Parte dispositiva

La STS 641/2022 acuerda estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS y de la TGSS, contra la sentencia dictada el 27 de mayo de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 454/2020. En consecuencia, casa y anula la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el recurso de tal clase interpuesto por el INSS, revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Eibar, de fecha 10 de octubre de 2019 (aclarada por auto de 21 de octubre de 2019) en autos nº 241/2019 y desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra.

VIII. Pasajes decisivos

Como pasajes relevantes sobre los que pivota la decisión del asunto sometido al dictamen unificador de la Sala Cuarta, cabe destacar los siguientes (todos ellos extraídos de su FD 2º):

- “La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, introdujo modificaciones en el art. 12 y 15 del ET y, en concreto, en la Disposición Adicional 7ª

de la Ley General de la Seguridad Social 1994, destinada a las normas aplicables a los trabajadores a tiempo parcial y tras recoger reglas en materia de cotización, periodos de cotización, bases reguladoras y desempleo, en su apartado 2 introdujo la referencia al art. 15.8 del ET. Así su contenido quedó con el siguiente texto: "Las reglas contenidas en el apartado anterior serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen especial de la minería del carbón, y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar".

- "[...] no se cuestiona la diversidad que la actividad fija discontinua pueda tener en el marco de la regulación del contrato de trabajo, en el que, claramente, el legislador estableció esa doble conceptualización del mismo. Pero aquí no estamos en el régimen laboral de la relación de trabajador con un empleador sino en la relación jurídica de seguridad social que se enmarca en otro contexto y que el legislador, claramente, ha querido establecer de forma distinta al régimen laboral, como se ha expuesto anteriormente al recoger la regulación en el que se enmarca el debate. Y esa configuración de la protección no distingue entre trabajadores fijos discontinuos sino que, a tales efectos, nos encontramos con un solo colectivo, no estableciéndose reglas diferentes entre ellos en atención a que su actividad lo sea en fechas ciertas o inciertas".

- "[...] la jubilación parcial está destinada a aquellos trabajadores que atienden una actividad a tiempo completo, pasando a desempeñar una actividad a tiempo parcial. El trabajador fijo discontinuo, en este ámbito de protección, no tiene encaje en la jubilación parcial al no atender un trabajo a tiempo completo".

- "El concepto a tiempo completo al que se refiere la LGSS y, en concreto, el art. 166.2 de la misma, no se está fijando en una actividad entendida como servicios que solo se producen en fechas inciertas del año, sino a la equivalente a una jornada laboral ordinaria o continua y en contraposición a servicios que no tienen aquella condición. Lo que prima a estos efectos no es la forma en que se cubre el trabajo fijo discontinuo, concentrando jornadas o con jornadas completas, sino la naturaleza de la actividad discontinua dentro del volumen de actividad normal (a tiempo completo) de la empresa".

IX. Comentario

A partir de la Ley 40/2007, el acceso a la pensión de jubilación parcial a una edad inferior a la ordinaria exigible en cada momento está reservado a las personas que cuentan con un contrato de trabajo a tiempo completo. La discusión gira en torno a si los trabajadores fijos discontinuos (por ende, de fecha incierta) cumplen dicha condición. Respecto de los trabajadores fijos discontinuos de fecha cierta, como se vio, la jurisprudencia ya había precisado que no pueden acceder a esta excepcional modalidad de jubilación, al estar conceptualizados como trabajadores a tiempo parcial.

Como ya avanzó la exposición de motivos del RD 1131/2002, aunque en el ámbito laboral la normativa aplicable (anterior al RDL 32/2021) diferenciaba entre quienes efectúan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas de aquellos en los que no concurre esta circunstancia, atribuyendo a los primeros la calificación de trabajadores contratados a tiempo parcial, conceptualización que no se extiende respecto de los trabajadores fijos discontinuos de fecha incierta, en el ámbito de la Seguridad Social el tratamiento de los trabajadores fijos discontinuos es más específico y la disposición adicional séptima de la LGSS de 1994 (en la modificación introducida por la Ley 12/2001) determinó la aplicación a todos ellos, en el ámbito de la Seguridad Social, de la normativa relativa a los trabajadores con contrato a tiempo parcial. Se insiste en que la relación jurídica de Seguridad Social "se enmarca en otro contexto y que el legislador, claramente, ha querido establecer de forma distinta al régimen

laboral”, sin que esa configuración de la protección distinga entre trabajadores fijos discontinuos, “sino que, a tales efectos, nos encontramos con un solo colectivo, no estableciéndose reglas diferentes entre ellos en atención a que su actividad lo sea en fechas ciertas o inciertas”.

Esta equiparación, sostiene la Sala Cuarta, se recoge actualmente en el art. 245.2 de la LGSS de 2015, donde se parte del principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador fijo discontinuo. Se reconoce que el contrato fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas no es un contrato a tiempo parcial, según la regulación normativa anterior al RD 32/2021 (a partir de este, tampoco los trabajadores fijos periódicos de fecha cierta son conceptuados como trabajadores a tiempo parcial), pero desde la perspectiva de la Seguridad Social, como se ha visto, no se trata de un trabajador con contrato a tiempo completo, en la medida en que no se prestan servicios de forma continuada todos los días del año sino que se realiza una jornada de trabajo en cómputo anual inferior a la contemplada como ordinaria y a tiempo completo para dicha actividad.

El Tribunal Supremo razona que, en el ámbito de una medida excepcional cual es la jubilación parcial anticipada, ambos tipos de trabajos discontinuos, los que se repiten en fechas ciertas y los que no lo hacen porque su actividad es incierta, han sido asimilados por el legislador, que los ha englobado en la categoría de trabajos que no se realizan a tiempo completo. Pese al desajuste que esta equiparación puede comportar respecto a las nociones de trabajo fijo discontinuo y a tiempo parcial que operan en el ámbito laboral, donde se consideran categorías contractuales independientes, la Sala Cuarta postula que una interpretación contraria “no solo conduciría al absurdo, sino que, además, carecería de lógica y justificación”, pues, se pone como ejemplo, “en la mecánica de la diferenciación entre ambos tipos de trabajos discontinuos, podría ocurrir que un trabajo a tiempo parcial en cómputo anual de 10 meses cada año no podría acceder a la jubilación parcial anticipada, mientras que un fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas y que trabaja 3 meses al año, sí podría acceder a tan excepcional jubilación”.

Esta doctrina concuerda con la establecida por misma Sala en sentencias de 5 de julio de 2022 (rcud. 605/2020) y 6 de julio de 2022 (rcud. 382/2020).

El Voto Particular de la magistrada Virolés Piñol defiende que el recurso debió ser inadmitido por inexistencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, pues en la sentencia recurrida consta expresamente que la solicitante de la pensión trabajó ininterrumpidamente a jornada completa y ello no consta en la sentencia de contraste, razón por la que no puede considerarse que los fallos sean contradictorios “cuando en la sentencia recurrida se reconoce la jubilación parcial por considerarse que la prestación de servicios era a tiempo completo, mientras que en la sentencia de contraste se deniega la jubilación parcial por no acreditarse la prestación de servicios a tiempo completo”. Para el voto mayoritario, el hecho de haber trabajado a tiempo completo deviene irrelevante pues lo que importa, a los efectos aquí considerados, en la naturaleza fija discontinua de la relación.

X. Apunte final

Según la jurisprudencia, las personas que trabajan de forma fija discontinua, sea en fechas ciertas o inciertas, no tienen acceso a la pensión de jubilación parcial vinculada a la celebración de un contrato de relevo por no trabajar a tiempo completo, conforme exige desde 2007 la normativa de Seguridad Social. Y ello porque, aunque en la normativa de régimen laboral el trabajo fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial son categorías contractuales autónomas, en el ámbito de la Seguridad Social el contrato fijo discontinuo, en cualquiera de sus especies, está asimilado al contrato a tiempo parcial.

Entiende el TS que el concepto “a tiempo completo” al que se refiere el art. 166 de la LGSS 1994 (art. 215. 2 de la LGSS 2015) se refiere a la equivalente a una jornada ordinaria o continua, de modo que lo que prima a estos efectos no es la forma en que

se cubre el trabajo fijo discontinuo, concentrando jornadas o con jornadas completas, sino la naturaleza de la actividad discontinua dentro del volumen de actividad normal (a tiempo completo) de la empresa.

La Sala Cuarta considera que la equiparación de los trabajadores fijos discontinuos con los trabajadores a tiempo parcial, a efectos de denegar a unos y a otros el derecho a la pensión de jubilación parcial con edades inferiores a la ordinaria, tiene su fundamento en la Disposición Adicional 7ª.2 de la LGSS 1994 (hoy art. 245.2 LGSS 2015, con algunos ajustes), pero, si bien se mira, esa disposición, que contiene “Normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial”, solo establece la referida equiparación respecto de las siguientes materias: cotización, cómputo de los períodos de cotización, bases reguladoras y protección por desempleo. Como se comprueba, no se hace referencia alguna a las modalidades de pensión de jubilación; para que la equiparación con los trabajadores a tiempo parcial fuera también operativa en ese ámbito, y más específicamente en relación con la pensión de jubilación parcial, tendría que haberse hecho una mención expresa o, directamente, declarar excluidos a los trabajadores fijos discontinuos de la posibilidad de acceso a la jubilación parcial anticipada.

Por último, quede para el debate la eventual colisión de la regulación sobre jubilación parcial actualmente contenida en el art. 215.2 de la LGSS 2015, allí donde pide que el contrato de trabajo sea a tiempo completo, con la normativa europea sobre aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito de la Seguridad Social (Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978), teniendo en cuenta que la feminización del trabajo a tiempo parcial determinará que la exigencia de trabajar a tiempo completo para poder optar a la jubilación parcial tendrá un impacto desfavorable proporcionalmente superior en las mujeres, causando una desventaja particular para las mismas. Todo ello, a no ser que se acredite que la modificación introducida por la Ley 40/2007 posee una finalidad legítima y que la exclusión de los trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial del acceso a la jubilación parcial anticipada está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Referencias:

1. [^] *En realidad, en estas sentencias la Sala Cuarta no resolvió exactamente el mismo problema que ahora se plantea (acceso a la jubilación parcial por trabajadores fijos discontinuos de fecha incierta) sino el relativo a si podía acceder a la situación de jubilado parcial el trabajador fijo discontinuo o fijo periódico cuya actividad se repite en fechas ciertas, y lo hizo rechazando dicha posibilidad por no cumplirse el requisito de prestar servicios a tiempo completo al venir configurado legalmente el trabajo fijo periódico como un supuesto de contrato a tiempo parcial en el art. 12 ET.*