CRITERIO INTERPRETATIVO 18/2024 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL SOBRE CÓMO SE HAN DE COMPUTAR LOS TRABAJOS A TIEMPO PARCIAL POSTERIORES AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN A EFECTOS DEL COMPLEMENTO POR DEMORA.

Con fecha 5 de julio de 2024, ha tenido entrada en esta Dirección General una consulta de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica adscrita al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), sobre cómo deben computarse los periodos de trabajo a tiempo parcial realizados una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación a efectos de calcular el complemento por demora previsto en el artículo 210.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

Planteamiento:

En su escrito, esa Entidad Gestora hace referencia a la existencia de una controversia acerca de dos expedientes de jubilación en los que las interesadas han continuado trabajando tras el cumplimiento de la edad de jubilación con un contrato a tiempo parcial. En el primer supuesto de hecho, la interesada continúa trabajando cuatro años con un contrato a tiempo parcial del 55,60 por ciento de la jornada; en el segundo, la interesada lo hace durante más de un año natural con un contrato a tiempo parcial al 22,20 por ciento de la jornada.

Las Direcciones Provinciales (DDPP) resuelven los expedientes reconociendo la pensión de jubilación, así como el complemento por demora, ya que entienden que, en aplicación del artículo 210.2 del TRLGSS, en ambos supuestos transcurre más de un año natural realizando un trabajo a tiempo parcial desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, motivo por el cual consideran que debe reconocerse el complemento por demora.

Asimismo, las DDPP consideran que en vista de la reforma de los artículos 247 y 248 del TRLGSS, introducida por el artículo único 26 del Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco; así como en cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional, la equiparación de los trabajos a tiempo parcial a periodos a tiempo completo, a efectos de cumplir el periodo de carencia para acceder a la pensión de jubilación y para calcular el porcentaje de aplicación a la base reguladora de la misma, debe extenderse también a efectos del acceso al porcentaje adicional por demorar la jubilación.

En base a la interpretación anterior, el aplicativo *ALFA* reconoce a los trabajadores a tiempo parcial el complemento por demora por cada año completo cotizado, con independencia de la jornada realizada. Sin embargo, algunas Intervenciones Delegadas (ID) están reparando el reconocimiento del complemento por demora al considerar que no se acredita un año completo cotizado desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, ya que no equiparan el año trabajado a tiempo parcial con un año trabajado a tiempo completo.

A juicio de estas Intervenciones, la modificación del artículo 247 del TRLGSS, por la que se computan los periodos durante los cuales el trabajador ha permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial con independencia de la jornada realizada, sólo ha de entenderse de aplicación a efectos de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar el derecho a la pensión de jubilación, sin que pueda extenderse a efectos del reconocimiento del complemento por demora del artículo 210.2 del TRLGSS.

Ese Instituto hace referencia al artículo 210.2 del TRLGSS que regula el complemento por demora y el cual señala:

"*Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a), siempre que al cumplir esta edad se*

hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá al interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado: (…)".

Asimismo, señala que, en aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019, en aquellos supuestos en los que el trabajador haya desempeñado trabajos a tiempo parcial, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, deben tomarse en consideración los periodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada.

Hace referencia al artículo 245.1 del TRLGSS, que recoge la protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial y prevé que la misma se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo; así como al artículo 247 del TRLGSS, que indica lo siguiente:

"*A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos*".

Ese instituto señala que si bien, la modificación del artículo 247 del TRLGSS equipara el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los periodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones, hay que tener en cuenta que previamente, con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 248 TRLGSS -por suponer una discriminación indirecta por razón de sexo- dejó de aplicarse el coeficiente de parcialidad para determinar el porcentaje de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial.

De esta forma para obtener dicho porcentaje se tienen en cuenta los años cotizados, con independencia de que hayan sido a tiempo parcial o completo; e incluso la integración de lagunas de cotización para calcular la base de cotización en los periodos en los cuales no existe obligación de cotizar se realizará a partir del año 2026 sin diferenciar entre trabajo a tiempo parcial o completo.

A juicio del INSS, cabe considerar que la reforma del artículo 247 del TRGLSS no es una reforma aislada, sino que parece ser la incorporación paulatina a la norma de la doctrina del Tribunal Constitucional. Por esa razón, considera correcta la interpretación que realiza el aplicativo *ALFA* en relación con el cómputo de los periodos trabajados para el cálculo de la pensión demorada, con independencia de que estos hayan sido a tiempo parcial o a tiempo completo.

No obstante, manifiesta que, conforme a la Instrucción Cuarta de la Circular 2/2022, de 3 de febrero, las DDPP resuelven los expedientes afectados conforme al criterio de las ID. Por ello, considera que procede revisar de oficio en beneficio de los interesados los expedientes afectados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 146.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En vista de las cuestiones planteadas, el INSS solicita Criterio jurídico a este Centro Directivo de acuerdo con las competencias que le son atribuidas en el apartado 1 del artículo 3 del Real decreto 501/2024, de 21 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y se modifica el Real Decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Criterio DGOSS:

Este Centro Directivo emite Criterio Interpretativo de conformidad con las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad, que le son atribuidas en virtud del artículo 3.1.a) del Real Decreto 501/2024, de 21 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y se modifica el Real Decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

I. Legislación de aplicación:

El artículo 245 del TRLGSS regula la protección social de los trabajadores a tiempo parcial e impone el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo:

"Artículo 245. Protección social.

La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por lo establecido en este capítulo y en los artículos 269.2 y 270.1 con relación a la protección por desempleo.".

De igual forma, conviene hacer referencia al artículo 247 del TRLGSS con la modificación que opera a través del artículo único del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, que queda redactado en los siguientes términos:

"Artículo 247. Cómputo de los periodos de cotización.

A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.»

Se concluye que el tiempo cotizado con un contrato a tiempo parcial en la prestación de jubilación se computa con independencia de la duración de la jornada; es cierto que el artículo 247 del TRLGSS se refiere a los efectos de acreditar el periodo de cotización, pero es perfectamente aplicable al complemento por demora previsto en el artículo 210.2 del TRLGSS.

El apartado segundo del artículo 210 del TRLGSS que regula el complemento por demora establece:

"Artículo 210: Cuantía de la pensión

(….)

Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a), siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá al interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado (….)"

También se ha de mencionar el Real Decreto 371/2023, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico del complemento económico establecido en el artículo 210.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Por tanto, la lógica interpretación de los preceptos de aplicación ya ofrece una primera conclusión favorable a la equiparación de los trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo a efectos del acceso al complemento por demora.

II. Jurisprudencia y doctrina del Tribunal Constitucional

En la sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea examinó la compatibilidad del art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE - relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social- con el método de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial establecido en los artículos 247 y 248 del TRLGSS.

El Tribunal de Justicia descartó que existiera discriminación directamente basada en el sexo, por cuanto la normativa se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, pero concluyó que sí existía discriminación indirecta basada en el sexo, incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

En este punto hacía referencia a que los datos estadísticos proporcionados ponían de manifiesto que, en el primer trimestre de 2017, cerca del 75 por 100 de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres y determinaba que España debía revisar la normativa del cálculo de las pensiones para los trabajadores a tiempo parcial al poder acarrear discriminación por razones de sexo.

Por otro lado, consideraba que una medida que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad.

Señalaba que el hecho de que la base reguladora de un trabajador a tiempo parcial sea inferior, en cuanto contrapartida de una prestación de trabajo de menor entidad, a la base

reguladora de un trabajador a tiempo completo comparable, permite ya lograr el objetivo perseguido que consiste, en particular, en la salvaguardia del sistema de seguridad social de tipo contributivo.

Concluía con que la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "de jubilación y" -recogido en el momento de la publicación de la sentencia en el apartado tercero del artículo 248 del TRLGSS-, por considerar que vulneraba el principio de igualdad y constituía una discriminación indirecta por razón de sexo, lesionando el artículo 14 de la Constitución Española.

La sentencia del Tribunal Constitucional señalaba que:

"(…) *no resulta justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un «coeficiente de parcialidad» que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la seguridad social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos.(…)*"

Asimismo, determinaba que se lesionaba el artículo 14 de la Constitución Española al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, en línea con citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18).

Tras este pronunciamiento, tuvo lugar la aprobación del mencionado Real Decreto-ley 2/2023 de 16 de marzo, que modifica el artículo 247 del TRLGSS, el cual pasa a equiparar el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, ya que se tienen en cuenta los períodos cotizados cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

Esta modificación se complementa con la supresión del apartado 3 del artículo 248 del TRLGSS, que desaparece en su nueva redacción. En consecuencia, se elimina el coeficiente de parcialidad que se aplicaba a los periodos cotizados a efectos de calcular el porcentaje de aplicación a la base reguladora previsto para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación.

De esta forma, para determinar los períodos mínimos de cotización - periodo de carencia- se tiene en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos; y por otro lado, se computan íntegramente los periodos cotizados en trabajos a tiempo parcial a efectos de calcular el periodo de cotización acreditado para fijar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora previsto para determinar la cuantía de la pensión de jubilación, cualquiera que hubiera sido la duración de la jornada a tiempo parcial.

III. Conclusión

Tras las modificaciones normativas introducidas por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo en los artículos 247 y 248 TRLGSS, y la jurisprudencia analizada se pone de manifiesto que no sólo los artículos 245 y 247 del TRLGSS equiparan el trabajo a tiempo parcial al trabajo a tiempo completo, sino que existe la voluntad del legislador de equiparar a ambos tipos de contrato a efectos del acceso a la pensión de jubilación, así como de no imponer restricciones

a efectos del cálculo de su cuantía, más allá de la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización.

Asimismo, se hace necesario recordar que la figura de la jubilación demorada nace en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo y se incluye dentro del componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, - tal y como se recoge en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo- cuyo fundamento reside en garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones de la Seguridad Social. En definitiva, el complemento de demora del artículo 210 del TRLGSS pretende incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación tanto a los trabajadores a tiempo completo como a los trabajadores a tiempo parcial.

De igual forma, la recomendación segunda del Pacto de Toledo pretende reforzar la equidad y la solidaridad del Sistema a través de la implantación de una serie de medidas, entre la que se encuentra combatir la brecha de género entre las pensiones; por ello, procede señalar- tal y como lo hacen el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional- que los trabajadores con contrato a tiempo parcial son en su mayoría mujeres, de manera que esta equiparación abunda en la reducción de la brecha de género.

Por todo lo señalado anteriormente, a juicio de este Centro Directivo, la asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo se extiende al complemento por demora de la jubilación previsto en el artículo 210 del TRLGSS. En consecuencia, a efectos del acceso y cálculo del porcentaje adicional por demora de la jubilación de los trabajadores que, cumplida la edad de jubilación lleven a cabo periodos de trabajo a tiempo parcial, se computarán los días en alta con contrato a tiempo parcial con independencia de la jornada efectuada.