

Los cambios en la distribución del tiempo de trabajo pueden suponer una modificación sustancial cuando conlleven modificación del horario de trabajo, afectando en muchos supuestos al sistema de turnos. Y en nuestro caso, los elementos relativos a la distribución del tiempo de trabajo se refieren al sistema de compensación del exceso de jornada anual pactado por acuerdo colectivo. Pese a todo, también en este punto la interpretación de los tribunales sociales permite un amplio margen de acción a la empresa. Por ejemplo, no se considera modificación sustancial el desplazamiento de la franja horaria en tres horas durante diez días, ya que ello no supone una modificación de tal entidad que suponga una modificación sustancial, sino que entraría dentro del libre ejercicio del *ius variandi* del empresario [STS de Madrid de 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8822); STS de Murcia de 15 de marzo de 1996 (AS 1996, 579)]. En este mismo sentido, tampoco supone modificación sustancial la variación del horario en cinco minutos (STS Contencioso-Admvo. de 23 de febrero de 1984 [RJ 1984, 9821]).

§ 43

La jubilación parcial de autónomos convertidos en asalariados: ¿defrauda el trabajador o el legislador?

por MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla

Sentencias comentadas:

➤ SSTS País Vasco, de 12 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1383) y 23 de enero de 2007 (AS 2007, 1562)

N. de R.—Las presentes Sentencias pueden consultarse en las revistas de *Aranzadi Social* núms. 10 y 11, respectivamente y en nuestra página web.

I. INTRODUCCIÓN

Las dos sentencias objeto de este comentario analizan el fraude de ley de dos contratos de trabajo a tiempo parcial de antiguos trabajadores cotizantes del RETA, en relación con el disfrute de una pensión de jubilación, también llamada «parcial», como indica el artículo 166.2 LGSS (RCL 1994, 1825).

Como es sabido, la jubilación parcial se introduce en la legislación laboral por la Ley 32/1984, de 2 de agosto (RCL 1984, 2012), que reforma el artículo 12 ET (RCL 1980, 607), permitiendo la posibilidad de que los trabajadores con edad próxima a los 65 años puedan reducir su jornada (novar su contrato de tiempo completo a tiempo parcial) y dar así entrada a un trabajador que ocupe su «tiempo de trabajo» (trabajador con contrato de relevo, también llamado «relevista»). Se trata, pues, de una manera de incentivar la creación de empleo.

Desde su establecimiento, la modalidad contractual establecida ha experimentado diversos cambios; los últimos, por la Ley 35/2002, de 12 de julio (RCL 2002, 1755)¹, que, por un lado, elimina el requisito del contrato de relevo cuando el jubi-

lado parcial alcanza los 65 años y quiere continuar en activo, y, por otro, establece la compatibilidad entre el ya jubilado con el desempeño de un trabajo a tiempo parcial (reduciéndose, simultáneamente y proporcionalmente, su pensión de jubilación ordinaria, que pasa a parcial), en lo que el legislador ha venido a denominar «jubilación flexible» (art. 165.1, 2º párr. LGSS).

II. EL FRAUDE DE LEY EN LA JUBILACIÓN PARCIAL

Una mejor comprensión de las sentencias mencionadas hace necesaria la consideración previa de otras dos sentencias de la misma Sala: se trata de las de 8 de septiembre (AS 2007, 976) y 7 de noviembre (JUR 2007, 94867), ambas de 2006. En ellas, la Sala vasca, a instancias del INSS, declara fraudulentos sendos contratos de trabajo que, al poco tiempo de su celebración —34 días en el primer caso, y 46 días, en el segundo— son convertidos, por pacto entre empresario y trabajador, en contratos a tiempo parcial, solicitándose seguidamente la pensión de jubilación parcial, al haberse celebrado el pertinente contrato de relevo.

El Tribunal da la razón al INSS, admitiendo el carácter de fraude de ley de la actuación de las partes, a partir de diversos indicios, pero, sobre todo, por la brevedad del tiempo transcurrido entre el inicio del contrato y su conversión en otro a tiempo parcial. Lo explica, claramente a nuestro modo de ver, el fundamento de derecho 4º. apartado D), de la sentencia de 8 de septiembre de 2006 (se trata de una cita larga, pero que consideramos necesaria):

«... no es posible causar derecho a ella (se refiere a la pensión de jubilación parcial) desde una situación en la que un trabajador está sin empleo asalariado alguno y encuentra un empresario que precisa de sus servicios para una reducida parte de una jornada laboral ordinaria. Si, en tal circunstancia, fuera contratado para atender esa jornada mediante el correspondiente contrato a tiempo parcial, no podría acceder a la pensión por jubilación parcial correspondiente al resto de la jornada laboral, ya que con su contratación no ha perdido trabajo alguno sino que lo ha ganado; dicho en otros términos, *no tiene empleo que ceder a un posible relevista*. Si, para evitar ese obstáculo, concierta con el empresario interesado en su contratación que ésta se realice primeramente a tiempo completo y, al poco tiempo, ajustarse ya al tiempo realmente necesitado por su empresario y ello con la finalidad de poder acceder a la pensión por jubilación parcial que en la otra forma le estaba vedada, la conclusión resulta nítida: se está ante un supuesto ejemplar de conducta realizada en fraude de ley, ya que se ha efectuado una actuación (la contratación a tiempo completo) con la única finalidad de poder sortear la falta del requisito que le impedía generar derecho a la pensión».

Las sentencias de 12 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1383) y de 23 de enero de 2007 (AS 2007, 1562) suponen un paso más dentro de la jurisprudencia que viene elaborando esta Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación a la pensión de jubilación parcial. De nuevo, el INSS solicita la declaración de fraude de ley pero en esta ocasión no por razón del tiempo transcurrido entre el inicio del contrato y su novación en otro a tiempo parcial (en ambos casos se superan los ocho meses), sino alegando que se trata de trabajadores que habían estado dados de alta y cotizando con anterioridad al RETA y que, por carecer en dicho Régimen de pensión de jubilación parcial, han decidido darse de baja en el mismo e incorporarse al

1. De medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

Régimen General, donde es posible causar tal pensión (v. párrafos iniciales de los fundamentos de derecho 2º y 1º de las sentencias de 12 de diciembre de 2006 y 23 de enero de 2007, respectivamente).

En esta ocasión, la Sala deniega la petición de fraude del INSS, basándose, fundamentalmente, en que, tras la reforma de la Ley 35/2002 (RCL 2002, 1755) –como el propio Tribunal ha puesto de manifiesto en otras sentencias– se puede «acceder a la prestación de jubilación parcial desde el RETA, lo que cambia considerablemente el panorama indiciario, ya que también los trabajadores han podido tener conocimiento de esta línea de resolución de esta Sala, lo que haría innecesario el denunciado fraude» (idéntica expresión en ambas sentencias, en sus fundamentos de derecho 2º, aunque la sentencia de 23 de enero de 2007 –entendemos que por error– no tiene fundamento de derecho 2º, sino que pasa sin solución de continuidad del primero al tercero).

No mucho más explícitas son las dos sentencias en lo que a nosotros nos parece el «nudo» de la cuestión; ambas terminan enlazando con los pronunciamientos previos de la propia Sala –ya mencionados– e indicando que el transcurso de más de ocho meses es garantía suficiente de que no hay fraude.

III. EL VERDADERO PROBLEMA: LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL RETA

En nuestra opinión, por tanto, las sentencias de 12 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1383) y 23 de enero de 2007 (AS 2007, 1562) se quedan cortas; es decir, no entran a fondo en la cuestión principal, que no es otra que la problemática situación en la que el legislador ha dejado la regulación de la pensión de jubilación parcial de los trabajadores autónomos, ya que, por un lado, la reconoce –v. Disp. Adic. 8ª.4 LGSS (RCL 1994, 1825)– pero, por otro lado, la condiciona a un desarrollo reglamentario que aún no se ha producido, pues el RD 1131/2002, de 31 de octubre (RCL 2002, 2746), se refiere a la jubilación parcial de los trabajadores por cuenta ajena.

Ya han transcurrido cinco años desde el «reconocimiento» de la jubilación parcial en el RETA y todavía no se ha determinado su régimen jurídico, lo que pone de manifiesto que el legislador no llega a tener clara su viabilidad. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de relieve la dificultad de una jubilación parcial en el caso de un autónomo; así, TORIBERO PLAZA, que hace alguna propuesta para solventar las dificultades de medición del tiempo de trabajo², o las sentencias de la Sala vasca de 22 de marzo de 2005 (AS 2005, 2255) y 28 de junio de 2005 (JUR 2005, 207296), que a continuación pasamos a analizar.

En efecto, son estas dos sentencias, que constituyen la verdadera solución jurídica de las de 12 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1383) y 23 de enero de 2007 (AS

2. En concreto, que, como sucede en el caso del trabajador por cuenta ajena, también en el caso de un autónomo deba incorporarse otro trabajador al Sistema (autónomo o no), que cotice al menos por la cantidad que deja de ingresar el autónomo que se jubila parcialmente. También sugiere, como otra alternativa, establecer un único porcentaje de parcialidad para el autónomo, sin darle el margen de reducción de jornada que el legislador concede al trabajador por cuenta ajena «de forma que se simplifique la gestión y se atenúe la intensidad del posible fraude». En cualquier caso, el propio autor califica estas propuestas de «sugerencias inacabadas que pretenden abrir espacios de reflexión» [cfr. *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Ed. Cívitas, Madrid 2002, pgs. 118-119].

2007, 1562), las que contienen el parecer de la Sala en relación con la ausencia de regulación de la jubilación parcial en el RETA. El Tribunal reconoce todo lo que llevamos dicho: 1º) La Disp. Adic. 8ª.4 LGSS reconoce la pensión de jubilación parcial a los autónomos; 2º) Su concesión se condiciona a un desarrollo reglamentario que aún no se ha producido, y 3º) la jubilación parcial en el caso de un autónomo no resulta cuestión sencilla: «es difícil que exista este encaje (se refiere a la relación triangular “contrato a tiempo parcial-jubilación parcial-contrato de relevo”), y reúna los requisitos de control suficientes, cuando la actividad se autoorganiza por el mismo operario» (F. de Dº. 2ª Sentencia de 22 de marzo de 2005). Pero los supuestos de hecho a que tiene que dar respuesta son diversos de los contenidos en las sentencias de nuestro comentario, porque los trabajadores, aunque han tenido una etapa previa de alta y cotización en el RETA, llevan ya un tiempo considerable en el Régimen General: 1.826 días (sentencia de 22 de marzo de 2005) y 4.366 días (sentencia de 28 de junio de 2006). Y también en ambos supuestos, el número de días cotizados al RETA es superior: 9.373 días –en el primer caso–, 6.634 días –en el segundo–.

El problema a que se enfrenta la Sala en estos supuestos no es de fraude –la duración de los contratos por cuenta ajena lo descarta– sino el hecho de que no se reúne la carencia genérica (los quince años de cotización) en el Régimen General, lo que impide el reconocimiento por este último régimen de la pensión y obliga a atender a las reglas que el artículo 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (RCL 1970, 1501, 1608)³, dispone para estos casos; en concreto, las señaladas en su apartado 2, letras a) y b):

«(En el caso de pensiones de invalidez, vejez, muerte y supervivencia) a) Para que el trabajador cause derecho a la pensión en el Régimen a que se estuviese cotizando en el momento de solicitar la prestación será inexcusable que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho Régimen; b) Cuando el trabajador no reuniese tales requisitos en el Régimen a que se refiere el apartado anterior, causará derecho a la pensión en el que se hubiese cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reúna los requisitos a que se refiere el apartado a). Igual norma se aplicará, en su caso, respecto de los restantes Regímenes».

De este modo, como señala el INSS, al no reunirse la carencia genérica en el Régimen General, es el RETA el que debe reconocer la pensión de jubilación parcial, pero como ésta no existe en tal Régimen, no se les puede conceder a los trabajadores. El razonamiento es así de sencillo: el artículo 35 conduce a una calle sin salida.

La Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dedica su esfuerzo a salvar el obstáculo del artículo del Decreto de autónomos mencionado; a nuestro modo de ver, forzando la realidad jurídica. Sus argumentos, que no llegan a imbricarse entre sí, son éstos:

a) «La pensión de jubilación parcial no es una prestación diferente a la pensión de jubilación contributiva sino una modalidad de ésta»; lo que la Sala entiende como indicio a favor del cómputo recíproco de cotizaciones [F. de Dº. 3º, B) y C), Sentencia de 28 de junio de 2005].

3. Por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

b) Como la Disp. Adic. 8ª.4 LGSS reconoce la pensión de jubilación parcial en el RETA pero, por el momento, tal pensión sólo tiene sentido cuando estamos ante un contrato de trabajo, hay que «aclimatar el régimen a la situación creada»; o sea: encontrar una solución diversa a la prevista en el artículo 35 Decreto 2530/1970 (F. de Dº. 2º Sentencia de 22 de marzo de 2005).

c) «El art. 12.1 (del RD 1131/2002, de 31 de octubre [RCL 2002, 2746]⁴) vuelve a aludir a que la pensión se calculará de conformidad con las normas generales del Régimen de la Seguridad Social de que se trate, pareciendo concluir con una posible aceptación de integración de otro régimen, que desde luego perfectamente puede ser asumible en orden al cómputo de cotizaciones recíprocas, y a los equilibrios entre las cotizaciones a distintos regímenes» (F. de Dº. 2º Sentencia de 22 de marzo de 2005); alusión que, entendemos, no se hace en el precepto indicado. A nuestro modo de ver, lo que el Tribunal está pretendiendo es la modificación de los requisitos de acceso a la jubilación parcial del Régimen General. Pero esto no es lo previsto por el legislador, que la hace depender de la jubilación ordinaria –como señala el artículo 10 RD 1131/2002–: el único requisito que se flexibiliza es el de la edad, que se adelanta a los 60 años, pero no el relativo a los períodos de cotización (el artículo 10 dice taxativamente: «reúnan las demás condiciones exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social»; es decir, las propias de la jubilación ordinaria).

d) Finalmente, la Sala considera que el cumplimiento de la carencia específica (los dos años cotizados en los quince inmediatamente anteriores al hecho causante) en el Régimen General es ya requisito suficiente para que sea éste el Régimen que conceda la pensión, totalizando y computando los años cotizados al RETA (F. de Dº. 2º *in fine* Sentencia de 22 de marzo de 2005).

De este modo, se modifica a la postre el artículo 35 Decreto 2530/1970, excluyéndose la jubilación parcial de la aplicación de sus reglas: esta pensión se reconocerá en el Régimen General y se podrán computar, para el cumplimiento de la carencia genérica, los años cotizados con anterioridad al RETA.

Aunque otra solución no es sencilla, entendemos que alguna otra alternativa existe para que el Tribunal alcance la misma respuesta sin tener que obviar el artículo 35 Decreto 2530/1970. Se trataría, efectivamente, de reconocer que dicho precepto es perfectamente aplicable al caso, pues la jubilación parcial tiene carácter de «común» (como exige el apartado 5 del artículo 35) al Régimen General y al RETA –por la Disp. Adic. 8ª.4 LGSS–. No obstante, a la hora de considerar qué Régimen es el competente para reconocer la pensión, se podría defender que la regla a aplicar no es la del apartado 2 del artículo 35, sino la contenida en su apartado 4, que dice que «la totalización de períodos de cotización... se llevará a cabo para cubrir los períodos de carencia que se exijan para prestaciones distintas de las especificadas en el número 2 del mismo, otorgándose, en tal caso, dichas prestaciones por el Régimen en que se encuentre en alta el trabajador en el momento de producirse el hecho causante y siempre que tuviera derecho a ellas de acuerdo con las normas de dicho Régimen».

4. Regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

Y ello porque la prestación de jubilación parcial, en tanto no se regule explícitamente su régimen jurídico en el RETA, no puede considerarse asimilable a la «vejez» a que se refiere el apartado 2.

IV. REFLEXIÓN FINAL

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco viene elaborando una doctrina jurisprudencial, en materia de pensión de jubilación parcial, que, por el momento, ha denegado su concesión, entendiéndola conducta fraudulenta, cuando el contrato de trabajo a tiempo completo, previo a su conversión en parcial, se celebraba con un desempleado y no alcanzaba una duración suficiente para acreditar una vida activa en la empresa; pero, por otro lado, se ha mostrado favorable a que los trabajadores cuya vida activa se hubiera desarrollado principalmente en el RETA, salvo el último «tramo» realizado en el Régimen General, pudieran acceder a la pensión de jubilación parcial en este último régimen, computando las cotizaciones previas al RETA para la carencia genérica y prescindiendo de las reglas del artículo 35 Decreto 2530/1970 (RCL 1970, 1501, 1608).

No obstante, la corriente favorable al cómputo de las cotizaciones del RETA necesita aún consolidarse: de un lado, existe otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 22 de mayo de 2003 (JUR 2004, 115530), que, en un caso análogo, resuelve en sentido contrario, por lo que el INSS tiene la opción de poder interponer el recurso para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo; de otro, el legislador puede despejar las dudas de la jubilación parcial de los autónomos, con lo que la solución para estos casos cambiaría.

Las sentencias de 12 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1383) y 23 de enero de 2007 (AS 2007, 1562) constituyen un reflejo de esta doctrina de la Sala vasca que hemos mostrado. Se hace un tratamiento superficial de las cuestiones, de modo meramente declarativo: no resulta indicio de fraude que los trabajadores hayan estado previamente en el RETA, pues hay sentencias donde esto mismo sucedía y se concedió la pensión (las de 22 de marzo de 2005 [AS 2005, 2255] y 28 de junio de 2006 [JUR 2005, 207296]), y, comparativamente con casos anteriores (los contenidos en las sentencias de 8 de septiembre [AS 2007, 976] y 7 de noviembre de 2006 [JUR 2007, 94867]), los contratos a tiempo completo (previos a su conversión en «a tiempo parcial») alcanzan una duración bastante superior a la que la Sala había considerado fraudulenta (ocho meses frente a 46 días).

En efecto, la declaración de fraude exige una consideración global de indicios y pruebas. Además, el fraude en el Derecho de la Seguridad Social presenta, con frecuencia, la peculiaridad de consistir no tanto en una elusión de normas, sino en «alcanzar reunir» los requisitos para constituirse en sujeto incluido entre los beneficiarios de tal o cual prestación, lo que dificulta a veces su apreciación. Pero, en los supuestos que se nos plantean, la realidad sigue a la vista: si la jubilación parcial no se regula en el RETA, es más que probable que los autónomos se sientan inclinados a «trasladarse» al Régimen General, por resultar más ventajosa esta opción que la jubilación anticipada en el propio RETA. Como detalle curioso, en una de las sentencias –la de 12 de diciembre de 2006– el trabajador es contratado por una sociedad de la que son titulares sus propios hijos.

Por ahora, a la vista de estas sentencias, el Tribunal Superior de Justicia del

País Vasco ha considerado que ocho meses de contrato de trabajo «despejan» toda presunción de fraude. Ahora bien, ¿cabe hablar de fraude cuando es el propio legislador el que, tras declarar la existencia de la pensión de jubilación parcial en el RETA –como hace la Disp. Adic. 8ª.4 – omite durante cinco años su desarrollo reglamentario? ¿o es el legislador el que «está defraudando» a los autónomos en su lícita expectativa de poder adelantar su jubilación y compatibilizarla con una menor dedicación de horas a su trabajo?