

DL

SEGUNDA PARTE ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE JUBILACIÓN ANTICIPADA Y DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

LA JUBILACIÓN PARCIAL TRAS LA REFORMA DE LAS PENSIONES

Juan López Gandía*
Universidad Politécnica de Valencia

SUMARIO: I. EL REPLANTEAMIENTO DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS. –II. ASPECTOS MÁS RELEVANTES AFECTADOS. II.1. La incompatibilidad entre pensión y trabajo. II.2. Sujetos. II.2.1. Trabajadores por cuenta ajena. II.2.2. La exclusión de los trabajadores a tiempo parcial. II.2.3. La jubilación parcial de los funcionarios y del personal estatutario. II.2.4. Los trabajadores autónomos. II.3. Requisitos. II.3.1. Periodo de cotización previa. II.3.2. Edad. II.3.3. Antigüedad en la empresa. II.3.4. La modificación del contrato de trabajo: de tiempo completo a tiempo parcial. II.3.5. La incidencia de la extinción del contrato del jubilado parcial. II.3.6. La cotización del jubilado parcial. II.4. La pensión de jubilación parcial y el contrato de relevo. II. 5. Los beneficios de jubilación contemplados en convenio colectivo. –III. EL CONTRATO DE RELEVO. –IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El trabajo analiza las reformas de la jubilación parcial desde el Acuerdo de 2006 y la LMSS hasta las recientes reformas de 2011 y 2013. La figura se ha visto arrastrada por la corriente general de penalización del adelantamiento de la jubilación y por los prejuicios contrarios a la misma lo que ha llevado a una equiparación en muchos aspectos con la jubilación anticipada. Se produce así una alteración o replanteamiento de la propia institución que devalúa el papel compensatorio del contrato de relevo. Las reformas han endurecido los requisitos de acceso y régimen jurídico, los porcentajes de reducción de jornada, la edad, la duración del contrato de relevo, la obligación de cotizar del jubilado parcial y el relevista, las relaciones entre las funciones y el puesto del trabajador sustituto y las del sustituido a efectos de cotización, medidas que desvirtúa y desnaturaliza el propio esquema triangular institucional de la jubilación parcial, sus derechos y obligaciones, las contrapartidas empresariales. Las últimas reformas pueden considerarse en sentido literal ciertamente las últimas, la crónica de la muerte anunciada de esta figura.

* Catedrático de Derecho del Trabajo.

ABSTRACT

This paper analyzes the partial retirement reforms since Agreement LMSS 2006 and until recent reforms of 2011 and 2013. The figure has been dragged by the general criminalization of overtaking current retirement and opposing prejudice to it which has led to a comparison in many respects with early retirement. This produces an alteration or rethinking of the institution that devalues the role of compensatory relief contract. The reforms have tightened requirements for access and legal status, the percentages of day, age, duration of the relay, the obligation to contribute the part retired and reliever, relations between the functions and the worker's job substitute and the substituted for the contribution, measures that distorts and perverts the triangular own institutional framework of partial retirement, their rights and obligations, corporate counterparts. Recent reforms certainly be considered in the last literal sense, the chronicle of death foretold of this figure.

Palabras clave: jubilación ordinaria, jubilación parcial, pensiones, edad pensionable, política de empleo, jubilación anticipada, jubilación flexible, envejecimiento activo, contrato a tiempo parcial, contrato de relevo, convenios colectivos, acuerdos colectivos de empresa, grupo profesional, trabajadores por cuenta ajena, funcionarios públicos, trabajadores autónomos, RETA, antigüedad en la empresa, cotización previa, edad mínima, antigüedad en la empresa, base de cotización, beneficios de jubilación, responsabilidad empresarial en materia de prestaciones, cese, cierre de la empresa por causas técnicas, económicas, organizativas y productivas, excedencia, reducción de jornada, subrogación empresarial.

Key words: regular retirement, partial retirement, pension, pensionable age, employment policy, early retirement, flexible retirement, active aging, part-time contract, relief contract, collective bargaining, collective enterprise agreements, professional group, for employees, officials public, self-employed, RETA, seniority, previous quote, minimum age, length of service, contribution base, retirement, corporate responsibility in terms of performance, termination, closure of the company for technical, economic, organizational and productive, leave, reduced working hours, business subrogation.

I. EL REPLANTEAMIENTO DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS

La idea tradicional de la jubilación se ha identificado con el retiro total de la actividad laboral. Las fronteras entre la vida activa y el pase a la situación de pensionista estaban claramente delimitadas por esta visión inspirada en una tajante separación entre la pensión y el cese en el trabajo como consecuencia de la llegada de la edad de jubilación. Las ideas de flexibilidad o gradualidad aplicables a la jubilación se centraban en uno de sus requisitos, la propia edad, y en el carácter voluntario del cese del trabajador con la llegada de la edad pensionable, pero no afectaban al propio concepto de jubilación, ni a su relación con el cese en el trabajo, que se entendía en todo caso como total cuando el trabajador decidiera acceder a la pensión.

Sin embargo, el propio concepto de la jubilación ha experimentado también cambios importantes en los países europeos y en el nuestro en estos últimos tiempos de manera que asistimos a una variada gama de situaciones en las que las relaciones entre jubilación y trabajo adquieren una mayor complejidad. Este fenómeno se explica, de un lado, porque las prestaciones de la Seguridad Social no sólo se contemplan en su función de asegurar la sustitución de rentas ante una situación de necesidad, sino que se sitúan cada vez más en la perspectiva global de la política de empleo y de la regulación del mercado de trabajo. A esta tendencia se añade, además, que la política de empleo se coloca a su vez ahora al servicio de la viabilidad futura de los sistemas públicos de pensiones como una manera de hacer frente a sus problemas demográficos y financieros lo que lleva a rediseñar algunas de las medidas y a ampliar los supuestos de compatibilidad entre trabajo y pensión tras la jubilación.

Esta nueva interrelación entre ambas políticas, la de empleo y la de Seguridad Social, hace que la pensión de jubilación no presente ya una sola faceta sino que adquiere un carácter poliédrico y en consecuencia adopte diversas modalidades: junto a la jubilación clásica, a edad ordinaria o anticipada, se añaden ahora la jubilación parcial, la jubilación gradual y la jubilación flexible, la compatibilidad entre pensión y trabajo, como formas nuevas de abordar las relaciones entre actividad y pensión, presentando ya la jubilación como una situación compatible parcialmente con el trabajo, sea por cuenta ajena o por cuenta propia, en la perspectiva de un envejecimiento activo.

Las nuevas relaciones entre pensión de jubilación y trabajo es por otro lado una muestra más del nuevo papel de las prestaciones de Seguridad Social en relación con la actividad, esto es, del paso de un sistema de protección social identificado con la sustitución de rentas del trabajo exclusivamente a un sistema de prestaciones al servicio de la recolocación. Esto se observa de manera más clara en las prestaciones por desempleo, que han colocado en un primer plano un concepto de activación y las políticas activas de empleo.

De ahí que se haya ido introduciendo tal concepto en los documentos comunitarios sobre envejecimiento que propugnan una diversificación de posibilidades entre jubilación y trabajo que van desde el retraso efectivo en la jubilación más allá de la edad ordinaria hasta la jubilación flexible y la retirada parcial del mercado de trabajo, de tal manera que estas medidas permitan compatibilizar la situación de jubilado y la situación de activo. Mientras que el planteamiento tradicional de la flexibilidad y la gradualidad en la jubilación tenía como objetivo y razón de ser reforzar la nota de la voluntariedad y del tránsito no traumático entre vida activa y vida pasiva, se trata ahora de fomentar la permanencia total o parcial en el empleo para contribuir, además, a la viabilidad de los regímenes de pensiones y hacer frente a los cambios demográficos y a la situación del mercado de trabajo. Se trata, no obstante, de medidas que se complementan con segunda fase en la que ya se plantea directamente un retraso generalizado de la propia edad de jubilación para las futuras generaciones de trabajadores¹. En el caso español con la ley 27/2011 y el RDL 5/2013. Una modificación de la propia edad ordinaria de jubilación con carácter general tiene un impacto desde luego mucho mayor sobre el mercado de trabajo y supone una retraso forzoso en el acceso a la jubilación y, por tanto, en el cobro de la pensión. De otro lado se ha ido produciendo en España una mayor aproximación de la edad real a la edad ordinaria de jubilación, como han puesto de manifiesto diversos informes sobre las pensiones.

Como ya ocurrió con el Pacto de Toledo y con el Acuerdo de 1996 la jubilación, que en las reformas de 1985 y 1997 no había experimentado modificaciones de relieve en aspectos sustantivos, sino en algunos de sus parámetros como la forma de cálculo de la prestación, con las reformas de 2002 y de 2007 experimenta un cambio en su propio concepto y pasa a ser uno de los temas claves de los Acuerdos posteriores, de la ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social (LMSS) y de la ley 27/2011. La reforma pactada de 2010 que da lugar a la ley 27/2011 y la del RDL 5/2013 afectan no sólo a la edad ordinaria y a los parámetros de la jubilación sino también a la jubilación parcial y flexible. Se trata de frenar el número de jubilaciones anticipadas en las que se suele ubicar la parcial, pues en las estadísticas del Ministerio van englobadas, pese a su diferencia institucional y a sus objetivos e instrumentos.

Las reformas que se producen a partir de 2007² parten de una visión negativa y restrictiva de la jubilación parcial que se aproxima a la anticipada, y una nueva regulación de esta derivada de los cambios en la propia edad ordinaria y caracterizada también por la introducción de nuevas modalidades, como la voluntaria y su extensión a nuevos colectivos.

¹ LÓPEZ GANDÍA, J. *Las reformas legislativas de Seguridad Social*, Valencia, 2002, ed. Tirant, p. 38, y *La jubilación parcial*, Albacete, 2004, ed. Bomarzo. Y bibliografía ahí citada.

² LÓPEZ GANDÍA, J. (2007), "La reforma de la jubilación en la ley de medidas de Seguridad Social", *RDS* n.38 y LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D., "Reformas de Seguridad Social", Madrid, 2007, Francis Lefevre, y PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., *Jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, 2008, CES.

Se trata de medidas de Seguridad Social que se han combinado con reformas laborales relacionadas con la jubilación, como el contrato a tiempo parcial y el contrato de relevo, como una de sus modalidades mediante el RD 1131/2002 de 31 de octubre. Las reformas introducidas por la ley 40/2007, por la ley 27/2011³ y el RDL 5/2013⁴ han supuesto una reelaboración del art. 12.6 del ET y la introducción del art. 12.7, que lleva a actualizar el RD 1131/2002.

Hay que tener en cuenta en todo caso que en la configuración de la jubilación parcial confluye una compleja interrelación entre una situación de pensionista y unas situaciones laborales derivadas de la presencia de un trabajo a tiempo parcial suscrito por el jubilado y de la celebración de un contrato de relevo, en su caso, por otro trabajador. Esta modalidad contractual, que cuenta con precedentes en la normativa laboral de los años ochenta, como medida de reparto de empleo, cambia ahora de configuración pues se sitúa en una perspectiva de mayor gradualidad y flexibilidad.

La jubilación parcial "persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro, y por otra mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial"⁵. Podría decirse que la jubilación parcial ha venido siendo una jubilación anticipada alternativa a la jubilación anticipada total o común, pues, a diferencia de ésta, la percepción de una pensión de jubilación, aun parcial, compatible con el trabajo, si bien supone ya una desembolso importante de gastos de Seguridad Social, especialmente si se da en grupos profesionales altos, se produce sin la aplicación de coeficientes reductores de anticipación, al contrario de lo que ocurre en la jubilación anticipada propiamente dicha porque se ve compensada con el ingreso de cotizaciones por parte de otros trabajador que viene a completar la jornada del jubilado, por lo que no dejan de ingresarse cuotas. Cuotas que, como se verá, no son ya las únicas ingresadas como contrapartida tras la ley 27/2011 al tener que seguir cotizando por el jubilado parcial como si nada hubiera cambiado.

Sin embargo, esta visión crítica junto con los datos manejados por la Administración de la Seguridad Social sobre lo que consideran un excesivo aumento exponencial del recurso a la jubilación parcial en estos últimos años ha acabado incidiendo como se verá en las reformas introducidas en esta institución por la Ley 40/2007. En efecto el número de jubilaciones parciales anticipadas habría pasado de 10.867 sobre un total de jubilaciones de 190.570 en 2003 a 33.000 sobre un total de 212.000 en 2006. Y a ella acceden trabajadores con largas carreras al exigirse 30 años cotizados y con bases de cotización medias o altas pues la pensión media de jubilación parcial es de 1.518 euros, superior a las anticipadas con coeficientes reductores (1.153 euros al mes). Si bien desde 2003 hasta 2008 su número siguió una curva ascendente, sin embargo, bien por los efectos de la reforma de 2007, al exigir 30 años cotizados, bien por los efectos de la crisis económica sobre las empresas, su número ha ido bajando y también su porcentaje: así, en 2008, 18.021; en 2009, 17,865, en 2010, 16.351.

Los efectos de la reforma de 2007, el endurecimiento de los requisitos de acceso, se han hecho notar y su número ha bajado hasta alcanzar el 13 % de todas las pensiones⁶, frente al

³ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D., *La reforma de la jubilación* Valencia, 2011, ed. Tirant y *Las claves de la reforma de la Seguridad Social*, Madrid, ed. El Derecho, DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Jubilación parcial y contrato de relevo. Un tándem de problemas", *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, n.27/2011, LÓPEZ BALAGUER, M. *La jubilación parcial en el Contrato de Trabajo*, Valencia, 2008, Tirant lo Blanch, RODRÍGUEZ CARDO, IVAN ANTONIO, *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible* Valladolid, 2010, Lex Nova., BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO LEANDRO; VALLE DE JOZ, JUAN IGNACIO DEL, *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Pamplona, 2010, ed Aranzadi.

⁴ RODRÍGUEZ CARDO, IVAN ANTONIO, *La jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Valladolid, 2013, Lex Nova.

⁵ STS 9 de julio de 2009, (Rec. 3032/2008).

⁶ FERRERAS ALONSO F. "Sistema público de pensiones. Su adaptabilidad es su seguridad", Documento en red, 2013, www.uco.es/webuco/buc/.../sistema%20publico%20de%20pensiones.pdf.

24'61 % de las anticipadas con coeficientes sobre el total de las pensiones reconocidas en 2010. Pese a ello la reforma de 2011 pretende reducir el gasto en esta pensión entre un 25 y un 30 %. Pues los costes adicionales de la jubilación parcial a los 61 años vendrían a ser de 120.000 euros al tratarse, además, de jubilados con pensiones altas.

El argumento del aumento del gasto es importante pero no decisivo, pues las pensiones de jubilación parcial seguirán siendo altas a partir de la edad ordinaria de jubilación, no por el hecho de que su abono se haya anticipado, aunque también es cierto que el gasto se adelanta, lo que no deja de ser importante desde el punto de vista financiero en un sistema de reparto. También se ve por algunos como un agravio comparativo la diferencia de tratamiento entre quien se jubila anticipadamente de manera total que sufre coeficientes reductores y el jubilado parcial que evita su aplicación. Pero esa diferencia obedece a que no son iguales las dos situaciones, como ya se señaló.

Nos vamos a centrar en la jubilación parcial, la anticipada, vinculada a contrato de relevo, y en la autónoma o diferida, tal como se contemplan en los arts.165.1, 166 de la LGSS y en los RRDD 1131 y 1132/2002 de 31 de octubre y en especial tras las reformas introducidas por la LMSS 40/2007, la ley 27/2011, su suspensión por la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre y el RDL 5/2013 no procediendo a una examen integral de la institución sino solo destacando los cambios que se han introducido y sus consecuencias sobre la misma y sobre su operatividad futura.

En todo caso hay que tener en cuenta las reglas transitorias contempladas por el RDL 5/2013 en virtud de las cuales se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor del RDL 5/2013 (art.8) a quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a 1 de abril de 2013, así como las personas incorporadas antes de dicha fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad a 1 de abril de 2013. En tal caso será condición indispensable que los indicados acuerdos colectivos de empresa se encuentren debidamente registrados en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o en el Instituto Social de la Marina, en su caso, en el plazo fijado. En todo caso el art. 8 parece exigir que las pensiones de jubilación a edad ordinaria hayan de causarse antes de 1 de enero de 2019.

Esta regla de transitoriedad supone que se aplicarán las normas anteriores a la propia ley 27/2011 al suspenderse la entrada en vigor de su art.6 en virtud del RDL29/2012, lo que afecta fundamentalmente a la cuestión de la cotización del jubilado parcial pues no es aplicable el RDL 5/2013 ni la ley 27/2011, esto es, el incremento del 30 % en 2013, elevado al 50% por el citado RDL 5/2013 ni los incrementos sucesivos anuales del 5 %. Y también en cierto modo a la cotización del relevista cuando ocupe distinto puesto de trabajo pues la ley 40/2007 se remite a un desarrollo reglamentario que no se ha producido.

Tras la experiencia de estos últimos años y el incremento del recurso a la jubilación parcial anticipada sobre el número total de pensiones de Jubilación y el gasto consiguiente, se ha producido un replanteamiento de la propia jubilación parcial que supone un giro en la política de fomento de esta modalidad de jubilación, que viene a dificultar su utilización, al exigir nuevos requisitos en muchos casos muy onerosos y de difícil cumplimiento.

Así, la 40/2007 ha procedido a una reordenación de la jubilación parcial en el sentido de aproximarla a la propia jubilación anticipada y a un endurecimiento de requisitos y cargas que han continuado las reformas posteriores (RDL 8/2010 de 24 de mayo, ley 27/2011 y RDL 5/2013). La visión restrictiva y negativa de esta modalidad de pensión afecta a los requisitos de edad, cotización previa, porcentaje de pensión y de trabajo, y cotización del jubilado parcial. Y la reforma introducida por la ley 27/2011 penaliza la jubilación parcial estableciendo la obligación de cotizar por el jubilado parcial como si trabajara a tiempo completo.

Las reformas han abordado con mayor o menor fortuna algunas carencias en la regulación de la jubilación parcial de las que adolecía la legislación anterior como el hecho de no precisarse suficientemente, más allá del concepto laboral del grupo profesional, las relaciones entre las funciones y el puesto del trabajador sustituto y las del sustituido a efectos de cotización. Sobre todo si se tiene en cuenta que desde el punto de vista laboral se ha ido produciendo un mayor alejamiento entre los mismos al no exigir identidad de horario, tareas, puesto de trabajo, etc. La cuestión se aborda de una manera complicada por la ley 40/2007 y ya de manera más sencilla por la ley 27/2011.

II. ASPECTOS MÁS RELEVANTES AFECTADOS

II. 1. La incompatibilidad entre pensión y trabajo

La jubilación parcial se ha configurado como una excepción a la regla general del art. 165 de la LGSS de incompatibilidad entre el hecho causante de la jubilación, esto es, el cese efectivo total y definitivo en el trabajo y la realización de un trabajo o actividad que dé lugar a la inclusión del trabajador en el campo de aplicación de la Seguridad Social. De realizarse trabajos, la pensión quedaba en suspenso fueran a tiempo completo o a tiempo parcial.

De este modo la jubilación parcial y la flexible han sido las únicas excepciones. Pero no son ya la únicas toda vez que la ley 27/2011 introduce una modificación importante en el art. 165 de la LGSS al incorporar un apartado 4 según el cual “el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual”.

Y el RDL 5/2013 por su parte ha ampliado los supuestos de compatibilidad a la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista. Es necesario en este supuesto que el acceso a la pensión tenga lugar a la edad ordinaria y que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada alcance el 100 por 100. El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial. La cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50% del importe resultante del reconocimiento inicial. Aunque no resulta claro en la ley, parece que este nuevo supuesto se aproxima al de la jubilación flexible no al de la parcial diferida, esto es, se trataría de un trabajador que una vez jubilado lleva a cabo actividades por cuenta propia o por cuenta ajena. Pero tampoco se precisa tanto por lo que nos encontraríamos con un nuevo supuesto de jubilación diferida más exigente que el del art. 165.1 TRLGSS, mantenido por el RDL 5/2013 (“sin perjuicio de lo establecido en el art. 165 LGSS”) pues requiere alcanzar el 100% de la pensión. Cabría de acuerdo con esta interpretación no ya propiamente una jubilación parcial sino una percepción parcial de la pensión (50%) con el mantenimiento del trabajo a tiempo completo en la empresa. La percepción parcial de la pensión no estaría condicionada por seguir realizando un trabajo a tiempo parcial.

II. 2. Sujetos

II. 2. 1 Trabajadores por cuenta ajena

Pueden acceder a la jubilación parcial los trabajadores por cuenta ajena del régimen general y de los regímenes especiales (disp.ad. 8ª apartado 3 de la LGSS tras la ley 35/2002), así como los trabajadores por cuenta propia de regímenes especiales del mar, y los trabajadores autónomos, si bien en el caso de estos últimos “en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen”.

El desarrollo reglamentario del art. 166 de la LGSS llevado a cabo por el art. 10 del RD 1131/2002 limita la jubilación parcial a los trabajadores por cuenta ajena.

La configuración general del ámbito de aplicación personal de la jubilación parcial se vincula, no obstante, no sólo al encuadramiento en el Régimen general de la Seguridad Social y especiales de trabajadores por cuenta ajena sino también necesariamente con un contrato a tiempo parcial, su consiguiente cotización, y en su caso con un contrato de relevo del art. 12.6 del ET (art. 9 del RD 1132/2002).

No basta, por tanto, con la inclusión en el sistema de la Seguridad Social por asimilación, sino que exige la condición laboral de trabajador por cuenta ajena, por lo que aquellos sujetos incluidos en el régimen general de la Seguridad Social que no puedan trabajar a tiempo parcial no pueden tampoco acceder a la jubilación parcial, mientras no se establezca una normativa que expresamente la contemple.

Así ha tenido que ser para los socios de Cooperativas de trabajo asociado y socios de trabajo de las demás incluidos en el Régimen general respecto de los cuales el RDL 5/2013 les reconoce el derecho a la jubilación parcial al introducir la nueva disp. ad. 64ª en la LGSS. Han de estar incluidos en el sistema de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, y han de reducir su jornada y derechos económicos en las condiciones previstas en el artículo 12.6 del ET y cumplir los requisitos establecidos en el artículo 166.2 de la LGSS, cuando la cooperativa concierte con un socio de duración determinada de la misma o con un desempleado la realización, en calidad de socio trabajador o de socio de trabajo, de la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente, con las mismas condiciones establecidas para la celebración de un contrato de relevo en el artículo 12.7 del ET y conforme a lo previsto en el artículo 166 de la LGSS. No cabría, por tanto, que el relevista fuera trabajador por cuenta ajena.

Tampoco bastaba con ser trabajador por cuenta ajena si el régimen de Seguridad Social en el que el trabajador estuviera encuadrado no contemplaba la cotización a tiempo parcial como era el caso de los trabajadores por cuenta ajena del régimen especial agrario y los empleados de hogar excluidos por el RD 1131/2002. Su integración en el Régimen general como sistema especial (leyes 27 y 28/2011) ya no contempla tal exclusión pero habrá que ver si es realmente ejercitable el derecho a la jubilación parcial cuando no se contempla el trabajo a tiempo parcial por horas claramente, al menos en el caso de los agrarios por cuenta ajena, en los que la cotización es mensual o por jornadas trabajadas (ley 28/2011). En el de empleados de hogar hasta 2019 la remuneración determina la cotización y posteriormente a efectos de las prestaciones se traduce a horas.

Los trabajadores por cuenta ajena el sector público tienen derecho a la jubilación parcial, si así se contempla en el convenio colectivo o se pacta con la Administración contratante, sin que venga condicionada por el carácter público del empleador, ni por eventuales condicionamientos presupuestarios⁷. No obstante, deberá contemplarse claramente por el convenio colectivo como derecho exigible⁸ y probablemente se aplique el art. 67 del EBEP, esto es, que se dé en el marco de una planificación u ordenación que de sus recursos humanos, aunque no necesariamente y no siempre⁹.

II. 2. 2. La exclusión de los trabajadores a tiempo parcial

Lo más frecuente será que quien pase a jubilación parcial sea un trabajador a tiempo completo que modifique su contrato. La ley, sin embargo, quizás en razón del nuevo concepto de trabajo a tiempo parcial, del art. 12 del ET tras la ley 12/2001, permitía también que pudiera darse también una jubilación parcial dentro de un trabajo a tiempo parcial, aunque en ciertos casos podría desvirtuarse la finalidad de la institución, y también en los fijos discontinuos¹⁰.

⁷ STSJ Madrid 15 de enero de 2007 (Rec. 2203/2007).

⁸ Véase STS 6 de julio (Rec. 3888/09) de 2009, 22 de junio (Rec. 3046/2009), 7 de julio (Rec. 3871/09) y 21 de septiembre de 2010 (Rec.3263/2009).

⁹ STS 9 de febrero de 2010 (Rec. 17/2008).

¹⁰ Se ha admitido ya esta figura en la jubilación a los 64 años del RD 1194/1985 (STSJ Baleares de 18 de marzo de 2002, As.5211 y 2 de junio de 2005, As.2079).

No obstante, la LMSS de 2007 sólo la prevé para trabajadores a tiempo completo y no para los trabajadores a tiempo parcial que alcanzaran un cierto nivel o porcentaje de jornada como hubiera sido más razonable ni para fijos discontinuos o a tiempo parcial.

Ello plantea si el excluir el trabajo a tiempo parcial no se está introduciendo de nuevo una discriminación indirecta para las mujeres que son las que mayoritariamente trabajan bajo esta modalidad contractual¹¹. Algunos autores entienden que, al menos, la jubilación parcial diferida sí sería posible para trabajadores a tiempo parcial¹².

II. 2. 3. La jubilación parcial de los funcionarios y del personal estatutario

En cuanto a los funcionarios de los regímenes especiales, como MUFACE, ISFAS y MUGEJU no aparecen concernidos al no aplicarse los mismos la LGSS, ni al aparecer la jubilación parcial en el cuadro de prestaciones de su normativa reguladora. La razón es que si bien la propia ley 35/2002 de 12 de julio no excluye a los citados regímenes especiales, no obstante al ser sobre todo una norma que viene a regular la jubilación de colectivos del sistema propiamente dicho de Seguridad Social, su disposición final 1ª no extiende su aplicación a regímenes especiales fuera del sistema. Quizás por eso el RD 1131/2002 no haya considerado necesario mencionarlos al limitarse a desarrollar el art.166 de la LGSS y el art. 12.6 del ET.

La figura de la jubilación parcial se ha regulado en el Estatuto Marco del personal estatutario y en el Estatuto Básico del empleado público (EBEP). En el primer caso se prevé también la consiguiente contratación y nombramientos a tiempo parcial (art.26.4, 77.4 y art. 60 y disp. ad. 14ª de la ley 55/2003 de 16 de diciembre). No se contempla como un derecho del personal estatutario automático, sin más, sino que requería que se hubiera llevado a cabo dentro de un plan de ordenación de recursos humanos¹³.

También el EBEP la contempla. En primer lugar en el art. 67, que al hablar de las distintas formas de jubilación hace referencia a la parcial como un derecho profesional y por tanto básico cara a las leyes de función pública. Y el artículo 47 al referirse a la jornada de trabajo de los funcionarios públicos les otorgaría tal facultad.

Se ha discutido sobre la eficacia del reconocimiento de la jubilación parcial llevada a cabo por esta normativa estatutaria y funcional.

El reconocimiento de la jubilación parcial en el art. 67 del EBEP como una novedad y como un nuevo derecho profesional para los funcionarios públicos de Clases Pasivas no sería suficiente pues el art. 67.4 dice que la jubilación parcial procederá a solicitud del interesado, "siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable", por lo que hará falta una modificación de la normativa actualmente vigente no sólo en materia de protección social de clases pasivas.

En el caso de estatutarios y funcionarios incluidos en el Régimen general de la seguridad Social, pese a incluirse la jubilación parcial en su cuadro de prestaciones y no haber una inclusión limitada en el sistema, sin embargo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴ no es

¹¹ Especialmente tras la STC 61/2013 de 14 de marzo.

¹² ASENJO PINILLA, J.L., GUILLEN OLCINA, J., PALOMO BALADA, E., "La jubilación después de la ley 40/2007", *Actum Social* n.10/2007, p. 89.

¹³ Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 23 de mayo de 2006 (As.1684) TSJ Madrid de 13 de febrero de 2006 y especialmente TSJ Extremadura de 4 de julio de 2007 n. 169, Galicia de 6 de febrero de 2008, STSJ de Madrid de 18 de julio de 2008 (Rec.512/2008).

¹⁴ Las sentencias de 22 julio 2009 (Rec. 3044/08, Sala General) y 3 noviembre de 2009 (Rec.807/2009), 9 de diciembre de 2009 (Rec. 4352/2008, 6 de julio de 2010 (Rec. 4010/2009), 12 de mayo (Rec. 1867/2009), 6 de julio de 2010 (Rec. 4010/2009). Véase LOPEZ GANDIA, J. "La jubilación parcial del personal estatutario: otra vuelta de tuerca" *RDS* n.48/2009, pp.173-183.

suficiente con tal encuadramiento. La equiparación por asimilación y la inclusión en el régimen general por la vía del art. 97 de la LGSS no dan derecho sin más a la jubilación parcial, sino que es preciso para acceder a esta modalidad, ser trabajador por cuenta ajena en sentido técnico-jurídico, dada la remisión que el art. 166. 2 de la LGSS hace al art. 12.6 del ET o que una norma la contemple expresamente.

El RD 1131/2002 de 31 de octubre por el que se procedió a desarrollar el art. 166.4 de la LGSS no contempló a los funcionarios públicos. La configuración del contrato a tiempo parcial del art. 12.6 del E y de su normativa de desarrollo, en sus dos modalidades, la del relevado y la del relevista, se lleva a cabo desde una óptica puramente laboral sin conectarla con las posibilidades de jubilación parcial de colectivos que pueden estar en el régimen de trabajadores por cuenta ajena, pero sin relación laboral, como es el caso de los funcionarios.

El Estatuto Marco y el art. 67 del EBEP, pese a reconocer la jubilación parcial, no vendrían a otorgar un derecho directamente aplicable sino que sería necesario un desarrollo del mismo que lo hiciera efectivo o, al menos, la adopción de algunas medidas adicionales para regular la compleja estructura de nombramientos derivada de tal modalidad de jubilación, de manera similar a como hace en el ámbito laboral en relación con el art. 12.6 del Estatuto de los trabajadores el RD 1131/2002 lo que condena al precepto a la programaticidad. De otra parte, la puesta en marcha de la jubilación parcial de los funcionarios públicos necesitaría resolver la cuestión de incompatibilidad que el art. 33.2 del TRLCPE establece cuando dice que "...el percibo de las pensiones de jubilación o retiro será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social".

La jurisprudencia citada del Tribunal Supremo sostiene que el hecho de que ni el Estatuto Básico ni la normativa del Estatuto Marco sean normas de Seguridad Social y que la redacción del art. 166 de la LGSS no sea abierta, sino que sólo se refiera al personal laboral, hacen necesaria si no una modificación del citado artículo de la LGSS, sí un nuevo desarrollo reglamentario del mismo para contemplar expresamente a los funcionarios y estatutarios.

No parece que la nueva regulación restrictiva y penalizadora de la jubilación parcial de estos últimos años vaya a llevar al gobierno a reconocer la jubilación parcial de funcionarios y estatutarios, si además se incrementan los costes para las Administraciones Públicas.

II. 2. 4. Los trabajadores autónomos

En cuanto a los trabajadores autónomos el art. 166 del TRLGSS condiciona su inclusión a "en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen". El desarrollo reglamentario del art. 166 de la LGSS llevado a cabo por el art. 10 del RD 1131/2002 no contempla a los trabajadores por cuenta propia por lo que no se ha llevado a cabo todavía el desarrollo reglamentario anunciado por el citado artículo de la LGSS.

El Estatuto del trabajador autónomo (Ley 20/2007 de 11 de julio) (LETA) no ha vuelto a reiterar tal compromiso, ni hace mención alguna expresa a la extensión de las reglas del trabajo a tiempo parcial. Si lo hace, en cambio, la ley 27/2011 que modificó la LETA (art. 25) y estableció una previsión mediante la que la Ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral. Pero es una fórmula retórica sin verdadera eficacia jurídica toda vez que una ley se remite a otra futura ley.

Este colectivo, por tanto, en la regulación actual, no puedan reunir los demás requisitos de la jubilación parcial, como simultanear la pensión con un trabajo por cuenta propia "a tiempo parcial"¹⁵.

¹⁵ STSJ Cataluña de 23 de febrero de 2006 (As.1074), Madrid 22 de abril de 2005 (As.840). El desarrollo reglamentario anunciado por la disp. ad. 8ª punto cuatro de la LGSS todavía no se ha producido.

No obstante, cabe la jubilación parcial si se solicita cuando el trabajador reúna la mayoría de las cotizaciones en un régimen de autónomos (RETA) cuenta propia (REMAR), el aplicable al cálculo de la prestación, si en el momento de solicitar la jubilación parcial trabaja por cuenta ajena y reúne los demás requisitos. La doctrina judicial había mantenido posturas divergentes¹⁶, pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que no es necesario, de reunir los citados requisitos, que la jubilación se produzca en un régimen que no sea el general por reunir allí la mayoría de cotizaciones¹⁷. Todo ello sin perjuicio de que la pensión deba asumirla el régimen en el que acredite mayor cotización.

Es una diferencia en relación con la jubilación anticipada total en la que rige el régimen en que se tenga mayoría de cotizaciones¹⁸.

Así pues, para acceder a la jubilación parcial sí serían computables en virtud de cómputo recíproco las cotizaciones realizadas a un régimen de trabajadores por cuenta propia, por tener ahí el mayor número de cotizaciones, si en el momento del hecho causante tienen un contrato de trabajo pues el art. 10 del RD 1131/2002 se refiere al trabajador por cuenta ajena en el momento del hecho causante, por lo que no cabe limitar la expansión y eficacia de la jubilación parcial limitándola al régimen en que se genere y por el que se calcule la prestación, sino al régimen en que se esté en el momento del hecho causante.

Esta posibilidad, así como el hecho de que no se exigiera al trabajador una cierta vinculación con la empresa en que se produce la jubilación parcial, provocó que se llevaran a cabo contrataciones laborales ad hoc que fueron vistas por la Seguridad Social como un fraude. Así, cuando se produce unos días después de la contratación¹⁹, al contratar a trabajador de otra empresa²⁰, incluso manteniendo la vinculación a tiempo parcial con la primera, aunque no cuando se contrató de nuevo a un trabajador de la propia empresa que había sido despedido pasando ahora a jubilación parcial²¹.

Lo que explica la introducción por ley de nuevos requisitos, como el de una cierta antigüedad en la empresa y que se analizan a continuación.

II. 3. Requisitos

II. 3. 1. Periodo de cotización previa

La LMSS de 2007, sin embargo, ha introducido nuevos requisitos que van en la dirección ya señalada de equiparación de la jubilación parcial con la anticipada y ya no es suficiente con reunir la cotización mínima para acceder a la jubilación, 15 años cotizados, sino que es necesario reunir 30 años de cotización. Al igual que en la jubilación anticipada han de ser días efectivamente cotizados computados de manera cronológica, sin que quepa la aplicación de la tesis de los días-cuota. En personas discapacitadas o con trastorno mental se exigen 25 años de cotización.

¹⁶ A favor STSJ C. Valenciana, de 5 de noviembre de 2004, (As. 3608) y STSJ C. País Vasco, de 22 de marzo de 2005 (As. 2255); STSJ Castilla-León/Valladolid de 6 de marzo de 2006 (As. 978). En contra STSJ C. Valenciana, de 22 de mayo de 2004 (JUR 2004, 115530). Las dificultades de unificación en función de la mayor o menor vinculación con el Régimen general y la cercanía o lejanía de las cuotas, en especial la carencia específica, se ponen de manifiesto en las STS de 29/9/2006 (Rec. 2641/04) y 29/6/2007 (Rec.932/2006).

¹⁷ STS de 20 de enero (Rec.4605/05) y 20 de mayo de 2009, (Rec.2860/08).

¹⁸ STS 21 de enero de 2009, (Rec.208/08) y STS de 12 de mayo de 1999 (Rec. 3459/1998); 30 de abril de 2002 (Rec.2851/2001), 12 de mayo de 2003 (Rec. 4028/2002) y 21 de septiembre de 2006 (Rec. 3506/2005).

¹⁹ STSJ País Vasco 7 de noviembre, 8 de septiembre, 17 de octubre de 2006 (Rec. 1316, 1123, 1815/2006).

²⁰ STSJ Cataluña de 14 de diciembre de 2004, (As. 147/05).

²¹ STSJ Cataluña de 11 de junio de 2007, (Rec.3014/06), y 2 de junio de 2006, (Rec.2891/05) o en la jubilación a los 64 años (STS 18 de enero de 2007, Rec.2052/05).

La ley 27/2011, pese a la modificación que introdujo en de la edad ordinaria de jubilación no alteró los requisitos de carencia o cotización previa para acceder a la jubilación parcial. Sí lo ha hecho el RDL 5/2013 que ha elevado de 30 a 33 años la carencia exigida en razón de la elevación de la edad ordinaria de jubilación.

Pese a que los datos actuales de cotización en jubilados permiten todavía a muchos alcanzar la cotización máxima de 30 años, en el futuro será más difícil. El nuevo requisito de cotización va a dificultar sobremanera la utilización de la jubilación parcial pues resultará cada vez menos frecuente que los trabajadores tengan carreras asegurativas largas que les permita jubilarse anticipadamente.

En cuanto al cómputo recíproco de los periodos la jurisprudencia del Tribunal Supremo²², excluye el cómputo de los del Régimen de Clases Pasivas (funcionarios públicos) con los distintos regímenes integrados en el sistema de la Seguridad Social (trabajadores por cuenta ajena). La exclusión se fundamenta en la prohibición del art. 2.2 del RD 691/1991, de 22 de abril sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social, que según la sentencia unificadora no habría sido derogada por el art. 67.1 d) del EBEP al reconocer la jubilación parcial, sino que dejó vigente su disp. ad. 5ª, de la que el RD 691/1991 constituye su plasmación reglamentaria (disp. derogatoria única a) del EBEP).

No se ha seguido por tanto un criterio similar al visto más arriba de los autónomos- o incluso del administrador²³ –que estando incluidos en el régimen general en el momento del hecho causante, acreditaban mayores cotizaciones en el RETA– y precisaba de ellas para cumplimentar el requisito de carencia- pues según el Tribunal Supremo la doctrina elaborada para tales supuestos²⁴ no puede ser extrapolada al supuesto de los funcionarios.

Los citados requisitos de cotización no se exigen en la jubilación parcial diferida, si se lleva a cabo una interpretación literal del art. 166.1 LGSS en relación con el art. 166.2 pues sólo se contempla para la jubilación parcial anticipada, si se interpreta en tal sentido el párrafo segundo. No parece que tenga mucho sentido cuando las reformas de estos últimos años intentan impulsar el retraso efectivo de la jubilación, sea total en la que ya se contemplan incentivos, aunque no se alcance la cotización máxima, sea parcial. Además la nueva regulación tiene por objeto fundamental aproximación de la jubilación parcial anticipada a la jubilación anticipada total.

II. 3. 2. Edad

Tradicionalmente se exigía que el trabajador tuviera, al menos, sesenta años. Tras la LMSS de 2007 se mantiene la edad de 60 años, pero sólo para los que hubieran sido mutualistas con anterioridad a 1 de enero de 1967, mientras que para los restantes se procede a retrasar en un año la edad, con lo que la edad de jubilación anticipada parcial, como en la total, no era posible antes de los 61 años²⁵. De este modo, también en el requisito de la edad, la jubilación parcial se aproximaba a la anticipada.

La ley 27/2011, pese a modificar la edad de jubilación ordinaria y anticipada, no estableció una nueva edad mínima, aunque indirectamente sí afectaba a la de la jubilación parcial

²² STS 31 de mayo de 2012 (Rec. 104/20011).

²³ STS de 19 de febrero de 2012 (Rec.1482/2012).

²⁴ En la STS de 20 de enero de 2009 (Rec. 4605/2005).

²⁵ También se estableció la edad de 60 años por el RDL 8/2010 de 24 de mayo (disp. trans. 2ª) para los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de Convenios y acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley, en el primer caso, si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida.

diferida²⁶. En opinión de algunos autores²⁷, el que no se modificara la edad respondía a la voluntad de facilitar que se siguiera utilizando esta figura en el marco de las reestructuraciones de plantilla, especialmente en el sector privado.

Al no existir ya una edad única y fija de acceso como hasta ahora las edades vendrán determinadas en cada caso en función del año en que nos encontremos y de la carrera de cotización de cada trabajador.

Así, se exige haber cumplido las siguientes edades (véanse en la corrección de errores del RDL 5/2013 en el Boe de 4 de abril):

Año del hecho causante	Edad exigida según periodos cotizados en el momento del hecho causante		Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2013	61 y 1 mes	33 años y 3 meses o más	61 y 2 meses
2014	61 y 2 meses	33 años y 6 meses o más	61 y 4 meses
2015	61 y 3 meses	33 años y 9 meses o más	61 y 6 meses
2016	61 y 4 meses	34 años o más	61 y 8 meses
2017	61 y 5 meses	34 años y 3 meses o más	61 y 10 meses
2018	61 y 6 meses	34 años y 6 meses o más	62 años
2019	61 y 8 meses	34 años y 9 meses o más	62 y 4 meses
2020	61 y 10 meses	35 años o más	62 y 8 meses
2021	62 años	35 años y 3 meses o más	63 años
2022	62 y 2 meses	35 años y 6 meses o más	63 y 4 meses
2023	62 y 4 meses	35 años y 9 meses o más	63 y 8 meses
2024	62 y 6 meses	36 años o más	64 años
2025	62 y 8 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 4 meses
2026	62 y 10 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 8 meses
2027 y siguientes	63 años	36 años y 6 meses	65 años

La edad de 61 años irá elevándose progresivamente hasta alcanzar en el 2027 los 65 años, es decir, dos menos que la edad de jubilación ordinaria, salvo que se tenga una elevada cotización, en cuyo caso será de 63 años, lo que la aproxima a la jubilación voluntaria por coincidir en ambas la nota de voluntariedad.

La escala de edades indicada no será de aplicación a los trabajadores a que se refiere la norma 2.^a del apartado 1 de la disposición transitoria tercera, a quienes se exigirá haber cumplido la edad de 60 años.

²⁶ Respecto de la jubilación parcial diferida la edad de 65 años queda sustituida por la que corresponda y a la que se refiere la letra a), apartado 1, del artículo 161 y de acuerdo con sus reglas transitorias (disp. trans. 20^a LGSS tras la ley 27/2011).

²⁷ GALA DURAN, C. "La jubilación anticipada", *Cemical*, Boletín n. 42/ 2011.

A tales efectos, sea la edad del RDL 5/2013 o la de los mutualistas, se sigue manteniendo el criterio de una edad cronológica, no una edad jurídica derivada de la aplicación de los coeficientes a la edad exigible, lo que supone también una equiparación con la jubilación anticipada del art. 161.3 de la LGSS y en la práctica en los sectores con coeficientes reductores no se van a poder dar jubilaciones anticipadas ni jubilaciones parciales, sino que se producirá más bien la jubilación a edades inferiores, como si la anticipación de la propia edad ordinaria fuera suficiente e incompatible con las demás formas de jubilación, como si se tratara de una jubilación anticipada más.

Los previsión legal de las citadas edades parece de derecho necesario y por tanto no puede ser afectada por la negociación colectiva ni para ampliarla, permitiendo la jubilación parcial antes de esa edad, ni para reducirla, por afectar a medidas de Seguridad Social.

La jubilación parcial autónoma o diferida se delimita con la barrera legal infranqueable y cronológica de la edad ordinaria de jubilación que corresponda [“la edad a que se refiere el artículo 161.1.a) y la disposición transitoria vigésima”], sin que tampoco se apliquen en este supuesto las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación [arts. 10.b) y c) del RD 1131/2002].

II. 3. 3. Antigüedad en la empresa

En cuanto al requisito de exigir una antigüedad mínima en la empresa de seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial puede afectar a aquellos supuestos, que se admitían por la doctrina judicial²⁸, en los que estando el contrato suspendido se readmitía al trabajador con la única finalidad de facilitar la jubilación parcial.

Con el objetivo de neutralizar estos supuestos se acaba, en cambio, perjudicando a trabajadores con largas carreras de seguro laboral en el régimen general, pero con contratos temporales en distintas empresas en los citados seis años anteriores a la edad de jubilación parcial ignorando el legislador que en caso de pérdida de empleo estable más allá de los cincuenta años resulta difícil no sólo encontrar empleo, sino que, de conseguirlo, que sea estable.

De otra parte se podrían haber exceptuado de este requisito de antigüedad en la empresa, al menos, los despidos improcedentes, pero el legislador no distingue.

Se ha planteado si cabe computar para la antigüedad el periodo en que el trabajador haya estado vinculado a la empresa mediante relación funcional y si el hecho de que de momento los funcionarios no puedan acceder a la jubilación parcial impediría computar tales periodos a efectos de la antigüedad. Según la jurisprudencia²⁹ «antigüedad» exigida por el art. 166 LGSS equivale a la «vinculación» o prestación de servicios (ininterrumpida durante los seis años precedentes), y ello porque no hay criterio interpretativo alguno que pueda avalar el parecer de que esa vinculación deba ser exclusivamente laboral, excluyendo la funcional. Antes al contrario, el elemento literal sirve de apoyo a la solución opuesta, siendo así que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete, máxime cuando se trata de restringir derechos que la misma establece y por el componente finalista de la exigencia.

También se ha computado el periodo como administrador en el régimen general pese a no dar lugar a contrato de trabajo sino sólo a una relación mercantil³⁰.

No se aplica este requisito de antigüedad a la jubilación parcial diferida de acuerdo con el art. 166.1 de la LGSS que no lo menciona –sólo en el párrafo segundo al parecer para la anticipada–. Lo cual es lógico, si de los que se trata es de incentivar esta modalidad.

²⁸ STSJ Cataluña de 24 de febrero de 2005 (As.1318), Castilla-León/Valladolid de 14 de noviembre de 2005 (As.3388) y 30 de noviembre de 2005 (As.46/2006).

²⁹ STS de 25 de marzo de 2013 (Rec. 1775/2012).

³⁰ STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2012 (Rec. 625/2012).

II. 3. 4. La modificación del contrato de trabajo: de tiempo completo a tiempo parcial

La reducción de su jornada de trabajo y consiguientemente del salario en el régimen introducido por la ley 35/2002 y sus normas de desarrollo se modificó por la LMSS de 2007. Tras la ley 27/2011 y el RDL 5/2013 la situación queda así: la reducción de su jornada de trabajo y, consiguientemente, del salario habrá de ser como mínimo de un 25 % y un máximo del 50 % o del 75 %, en este caso para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida (tras el RDL 5/2013, antes era el 85%), porcentajes referidos a una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable como regla general.

De acuerdo con el art. 166.1 TRLGSS tales límites (25-50%.) son aplicables también a la jubilación parcial diferida. La cuestión es si cabe la ampliación al 75 por 100 para los supuestos en que se celebre un contrato de relevo y el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Pese a que esta ampliación sólo se contempla para la jubilación parcial anticipada, no se ve inconveniente alguno, pese a la literalidad de la ley, que resulte extensible por analogía a la jubilación parcial diferida.

II. 3. 5. La incidencia de la extinción del contrato del jubilado parcial

En caso de que el jubilado parcial sea despedido y acceda a la prestación de desempleo hay que tener en cuenta que pese a que no se distingue entre las diversas clases o niveles de prestaciones, si tiene derecho a la jubilación anticipada total ya no puede solicitar el subsidio de desempleo de más de 55 años (art. 216.3 LGSS tras el RDL 20/2012).

De otra parte al tratarse de trabajador a tiempo parcial se ha restaurado la proporcionalidad en caso de subsidios de desempleo (art. 217 TRLGSS tras el RDL 20/2012) frente al criterio anterior introducido por la ley de igualdad 3/2007.

II. 3. 6. La cotización del jubilado parcial

La cotización durante el contrato a tiempo parcial hasta la ley 27/2011 era la propia de esta modalidad contractual.

Pese a ello en cuanto a la determinación y cálculo de la pensión los periodos de jubilación parcial se toman como si se tratara de trabajo a tiempo completo, si se hubiera simultaneado con contrato de relevo y en tanto la jubilación parcial no se hubiera extinguido de acuerdo con el art. 16 del RD 1131/2002. No se le aplican por tanto las previsiones de la disp. ad. 7ª TRLGSS (modificada por el RDL 11/2013) sobre trabajo a tiempo parcial.

No obstante, la reforma introducida por la ley 27/2011 (art. 166 g) establece que sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c), durante el periodo de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiere correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa.

Esta elevación de cotización respecto del jubilado parcial se producirá en el periodo transitorio que contempla la nueva disp. trans. 22ª de la LGSS.

Así, la base de cotización de jubilado parcial se aplicará de forma gradual conforme a los porcentajes calculados sobre la base de cotización a jornada completa de acuerdo con la siguiente escala:

- a) Durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 30 por 100 de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.
- b) Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5 por 100 más hasta alcanzar el 100 por 100 de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa.

En ningún caso el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada.»

El RDL 5/2013 modifica esta regulación y establece una nueva escala para la aplicación gradual. Se acelera la aplicación al pasar del 30 % en 2013 al 50 % sobre cuya base se irá aplicando el incremento del 5 % anual. En lo demás se mantiene igual.

No obstante, hay que tener en cuenta las reglas transitorias contempladas en el RDL 5/2013 para jubilaciones que se rijan por la legislación anterior pues, como ya se señaló más arriba, esta regla de transitoriedad supone que se aplicaran las normas anteriores a la propia ley 27/2011 al suspenderse la entrada en vigor de su art. 6 por el RDL 29/2012, lo que afecta fundamentalmente a la cuestión de la cotización del jubilado parcial pues no son aplicables a las jubilaciones parciales acordadas colectivamente antes del 1 de abril de 2013 ni el RDL 5/2013 ni la ley 27/2011, esto es, el incremento del 30% en 2013, elevado al 50% por el citado RDL 5/2013 ni los incrementos sucesivos anuales del 5 %.

Para el futuro, esto es, las jubilaciones parciales que se acuerden tras el 1 de abril de 2013, la elevación de la cotización es disuasoria de la celebración de este tipo de jubilaciones. Además, grava de manera desproporcionada los contratos a tiempo parcial, al considerarlos a tiempo completo cuando van ligados a la jubilación parcial. Afecta tanto a la cotización empresarial como a la del propio trabajador, a quien le supondrá una retención sobre salarios que no percibe. Es criticable incluso que se aplique a contingencias profesionales como si fuera a tiempo completo cuando el riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional es mucho menor al reducirse sensiblemente la jornada de trabajo, que puede, además, concentrarse en determinados periodos del año.

Si bien se permite ampliar el porcentaje de jubilación parcial hasta el 75% con ciertas contrapartidas –contrato de relevo a tiempo completo y de duración indefinida con mantenimiento del empleo dos años más allá de la edad ordinaria de jubilación– el incremento de la cotización del jubilado parcial aun trabajando menos horas puede hacerlo inviable.

Más discutible todavía es que pudiera aplicarse a la jubilación parcial diferida cuando se contrate a un relevista. Entendemos que no debe ser aplicable pues la letra g) del art. 166.2 se está refiriendo al número 2 del art. 166 que en principio parece que se refiere a la jubilación parcial anticipada y por la propia finalidad del gravamen de la cotización.

El objetivo principal de esta reforma es que la jubilación parcial no suponga costes añadidos a la Seguridad Social y obtener más recursos que compensen el pago de una pensión de jubilación parcial anticipada. Para algunos autores³¹ la medida se fundamenta en el hecho de que el tiempo de jubilación parcial se computa como cotizado a tiempo completo, aun cuando la cotización se realice a tiempo parcial y, en muchos casos, sobre la base de una jornada de trabajo muy reducida. Sin duda, ello supone una gran ventaja para el jubilado parcial y para la empresa (importante reducción en el pago de cotizaciones), pero también un coste relevante para el Sistema de Seguridad Social que va a considerar ese período cotizado a tiempo completo sin haber recibido las cotizaciones correspondientes; coste que, con la reforma, se pretende paliar. No obstante, se olvida, en primer lugar, que no hay una importante reducción de cotizaciones para la empresa pues debe contratar a un relevista y cotizar por él (y sin que quepan bonificaciones) y que en un sistema de reparto es esta cotización la que viene a completar la que no ingresa el jubilado (con una base de cotización que al menos debe ser un 65 % de la del jubilado). Y en segundo lugar que ahora se pasa al extremo opuesto: la empresa además de cotizar por el relevista seguirá cotizando por el jubilado como si trabaja a tiempo completo, obteniéndose así la Seguridad Social una recaudación superior pues por el tiempo dejado por el relevado habrá doble cotización (la del jubilado y la del relevista).

³¹ GALA DURAN, C. “La jubilación anticipada”, *Cemical*, Boletín n. 42/ 2011

La celebración del contrato vendrá condicionada en todo caso por el coste de Seguridad Social que tenga el contrato a tiempo parcial del jubilado en cada momento hasta la plena aplicación del 100 % en 2027. Es decir, durante unos años la empresa hará cálculos hasta que resulte insoportable o no rentable la suma de ambas cotizaciones.

Además, cuando entre en vigor plenamente la cotización por el jubilado parcial tras la fase transitoria, la elevación de costes para la empresa parece excesiva, desproporcionada.

Otra cuestión, no abordada claramente por la ley, es si en este caso la cotización deja de cumplir su función asegurativa para ser un mero instrumento recaudatorio y con una finalidad claramente disuasoria de la utilización por las empresas de esta modalidad de jubilación, al producirse una disociación entre el tiempo trabajado y la cotización o si tendrá repercusión en las bases reguladoras, no de las pensiones que no se ven afectadas por la parcialidad (arts. 15 y 17 del RD 1131/2002), pero sí los subsidios de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia (arts.4.5.y.6. del RD 1131/2002) y desempleo. Y en el supuesto en que no sea de aplicación el beneficio del incremento del 100 por 100 de las bases de cotización correspondientes al trabajo a tiempo parcial, por no haberse simultaneado la percepción de la jubilación parcial con un contrato de relevo. Lo mismo cabe plantear en orden al coeficiente de parcialidad a que se refiere el RDL 11/2013, esto es, si vendrá referido a la parcialidad de la jornada o a la de la cotización, dada la divergencia que se va a ir produciendo entre ambas.

De dar una respuesta afirmativa, si se tiene en cuenta que a la vez se está percibiendo la pensión de jubilación, en los subsidios se podrían superar las rentas de activo por cotizar más, lo que iría contra la lógica de la prestación, por lo que probablemente haya que entender que su función será puramente recaudatoria.

La introducción de esta mayor cotización por el jubilado parcial, además, desvirtúa y desnaturaliza, como se irá viendo, el propio esquema triangular institucional de la jubilación parcial, sus derechos y obligaciones, las contrapartidas empresariales. No acaba de tener sentido, por ejemplo, que se exija una correspondencia de cotizaciones del relevista, como se verá más abajo, tras la LMSS cuando el jubilado parcial va a verse obligado a ir aumentando su cotización hasta hacerlo a tiempo completo.

Bastaba con haber pulido la regulación de la jubilación parcial y haber cubierto algunas lagunas para evitar su uso desviado, más que su supresión indirecta, que es lo que lleva a cabo la reforma. O incluso con haber introducido una cotización adicional, como en el caso de ciertas jubilaciones anticipadas (bomberos, cuerpos de la Erztainza). Si se comparan ambos supuestos, la cotización a tiempo completo por el relevista resulta ciertamente desproporcionada.

II. 4. La pensión de jubilación parcial y el contrato de relevo

En cuanto a los efectos de las irregularidades de la contratación del relevista sobre la pensión del jubilado parcial la doctrina judicial³² ha admitido que en tal caso se ha producido la simultánea contratación del sustituto, y que por tanto, se dan los requisitos para tender derecho a la jubilación por lo que las posibles irregularidades en la contratación no pueden afectar al trabajador que insta la jubilación, cuando además no es partícipe ni tiene conocimiento de las mismas. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades de la empresa en relación con la Seguridad Social, esto es, el abono por parte de la empresa a la entidad gestora de la pensión de jubilación percibida por el trabajador.

³² STSJ Madrid de 7 de febrero de 1997, (As.388), 12 de marzo, 14 de mayo, y 1 de diciembre de 1998, (As.793,1773, 4609); 25 de febrero de 1999, (As.5659); STSJ Murcia de 7 de marzo de 1997, de Cantabria de 6 de julio de 1998, (As.3681); STSJ Barcelona de 18 de noviembre de 1999,(As.4808), 27 de mayo de 2003, (As.2600); Andalucía /Sevilla de 29 de junio de 2000, (JUR 2001, 2427); 26 de abril de 2002, (As.199); Baleares de 15 de noviembre de 2001, (As.446/2002).

La doctrina del Tribunal Supremo, salvo en una sentencia aislada³³, tiene en cuenta dos criterios de decisión. Uno de ellos, que se expone con amplitud en STS de 6 de octubre de 2011 (Rec. 4410/2010), es que la concesión inicial de la jubilación parcial queda vinculada a que el solicitante reúna la totalidad de los requisitos que el sistema público de Seguridad Social exige. El otro criterio, sostenido entre otras por la STS de 15 de julio de 2010 (Rec.2784/2009), mantiene que, una vez reconocida la pensión de jubilación parcial, las posibles irregularidades en la contratación del relevista no deben afectar en principio a los derechos del jubilado. La compatibilidad o coexistencia de los criterios normativos estriba en que el primero se aplica al reconocimiento inicial del derecho a la jubilación parcial, mientras que el segundo rige las irregularidades de la contratación de relevo sobrevenidas posteriormente, irregularidades imputables al empresario y no al jubilado, y para las que el ordenamiento de la Seguridad Social prevé determinadas medidas de sanción o corrección (disp. ad. 2ª RD 1131/2002), es decir, una responsabilidad restitutoria del empresario. En estas condiciones no resulta necesario, para mantener la correlación entre cotizaciones y prestaciones que inspira la normativa en la materia, penalizar a un trabajador jubilado parcial que ha sido totalmente ajeno a la infracción cometida por la empresa³⁴.

La pensión de jubilación en el caso de la jubilación parcial presenta una cierta complejidad pues hay que distinguir dos momentos: el cálculo inicial de la pensión de la jubilación parcial y el cálculo final de la jubilación total con posterioridad.

En cuanto al primero la cuantía de la pensión parcial será el resultado de aplicar las reglas de la pensión ordinaria de conformidad con las normas generales (base reguladora y porcentajes) aplicando el porcentaje de reducción de jornada (art. 12.1 del RD 1131/2002).

Las previsiones de la ley 27/2011 y las reformas posteriores que contemplen el factor de sostenibilidad deberán tomarse en cuenta en los dos momentos.

En cuanto a la base reguladora en caso de jubilación parcial anticipada al producirse la jubilación total se recalcula la pensión tomando la base reguladora de nuevo como si se hubiera seguido trabajando a tiempo completo, con el incremento necesario para alcanzar el 100 % de la base reguladora de haber continuado con la misma jornada (art. 18 del RD 1131/2002).

En relación con los incentivos de retraso del art. 163.2 de la LGSS la ley 40/2007 modificó el propio art. 163 de la LGSS y estableció que los beneficios sólo se aplican cuando se produce la jubilación total a una edad posterior, no cuando el trabajador accede a la jubilación parcial o continúa en la misma si ya hubiera accedido con anterioridad, a la edad ordinaria de jubilación, aunque siga trabajando a tiempo parcial. Además, los porcentajes adicionales parecen calcularse sobre años completos por lo que no parecen adecuados para la jubilación parcial, sino que el RD 1131/2002 vendría a establecer reglas propias para el cálculo de la pensión en jubilación parcial diferida.

En este sentido la STS 21 de marzo de 2011 (Rec. 2396/2010) resuelve que no procede el incremento del 3% del porcentaje previsto en el artículo 163.2 LGSS para el jubilado que accede a la jubilación definitiva con 68 años de edad, desde la situación simultánea, con 65 años, de jubilado parcial y trabajo a tiempo parcial, pues no se cumple en este caso la exigencia de aquella norma de que se trate de años completos cotizados para que se pueda incrementar el 100% de la base reguladora en jubilaciones posteriores a los 65 años y con más de 40 de cotización, pudiendo integrarse no obstante tales "años completos" acreditando la cotización de, al menos, un año, calculado en la forma que permite el artículo 3 del RD 1131/2002 para los trabajadores a tiempo parcial.

³³ STS de 10 de octubre de 2011 (Rec. 4320/2010).

³⁴ STS 18 de enero de 2012, (Rec. 1264/2011).

Así pues no resultan de aplicación a la jubilación parcial y flexible los beneficios del art. 163 de la LGSS (el incremento entre el 2 % y el 4 % según la cotización acreditada) y que permiten superar el porcentaje máximo del 100, e incluso el tope máximo de pensión pública, aunque no el tope máximo de cotización.

II.5. Los beneficios de jubilación contemplados en convenio colectivo

Pese a la aproximación en materia de Seguridad Social entre la jubilación parcial y la anticipada, se ha planteado la cuestión en materia de incentivos a la jubilación contemplados en la negociación colectiva cuando el convenio colectivo no distingue si se dirigen a jubilaciones anticipadas totales o también a jubilaciones parciales. La jurisprudencia y la doctrina judicial interpretan que los incentivos están pensando en principio en la jubilación total, salvo que otra cosa establezca expresamente el convenio colectivo³⁵.

III. EL CONTRATO DE RELEVO

La celebración del contrato de relevo ha tenido siempre por objeto de un lado evitar la amortización del tiempo de trabajo del jubilado parcial, la creación de empleo aun de manera temporal, según el modelo de la jubilación a los 64 años, y a la vez asegurar unas cotizaciones por un nuevo trabajador por motivos financieros que compensen las que deja de ingresar el que se jubila parcialmente. Tras la ley 27/2011 esta afirmación puede quedar desvirtuada y con ella la finalidad de la institución al cotizarse a tiempo completo (vide supra).

El contrato de relevo debe realizarse necesariamente con un trabajador en situación de desempleo inscrito como tal en la correspondiente Oficina de Empleo o con un trabajador que ya esté contratado con la empresa con contrato de duración determinada.

En este sentido se ha planteado si cabe la sustitución del relevista por otro relevista contratado ya por la empresa ampliando su jornada mediante una sustitución en cascada, pese a no tratarse de uno de los supuestos del art. 15 del ET. En sentido favorable, si supone una mejora del relevista de duración determinada, cuyo contrato se amplía, se ha pronunciado la STS de 23 de enero de 2012 (Rec. 34/2011).

Si bien se ha producido una mayor flexibilización del contrato de relevo, sin embargo no se contempla, por su finalidad de reparto de empleo, la posibilidad de que se celebre con trabajadores a tiempo parcial de la propia empresa con contrato indefinido incrementando su jornada y por tanto el volumen de empleo. Tal supuesto no está previsto expresamente en el art. 12.7 del ET, ni en el art. 10.b) del RD 1131/2002 ni tampoco se ha admitido por la doctrina judicial³⁶.

Una interpretación más acorde con la actual regulación del contrato a tiempo parcial debería llevar a que se diera también la opción al trabajador fijo a tiempo parcial para que pudiera así convertir su contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo si se tiene en cuenta que el contrato de relevo no es ya necesariamente temporal sino que la empresa puede celebrar un contrato de duración indefinida y a tiempo completo (art. 12.7 del ET) por lo que no debería entenderse que este contrato necesariamente deba ser con un trabajador "interno" temporal.

En la jubilación parcial anticipada el contrato dura hasta que se produzca la jubilación a edad ordinaria. No obstante, el RDL 5/2013 añade que en los casos en que el contrato de relevo sea de carácter indefinido y a tiempo completo, deberá mantenerse al menos durante una duración

³⁵ La postura inicial favorable a la extensión de la STS de 30 de junio de 2010 (Rec.4190/2009) se rectifica por la STS 20 de diciembre de 2010, (Rec.2747/2009), 19 y 26 de enero (Rec.212 y 1832/2010) y 11 de abril de 2011, (Rec. 21112/ 2010, 3160/2010).

³⁶ STSJ Navarra de 30 de septiembre de 2002, (As.3210), 30 de julio de 2002, (As.3153), 22 de abril de 2002, (As.1614), 22 de marzo de 2002, (As.10435).

igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 161.1.a) y la disposición transitoria vigésima, esto es la edad ordinaria. Se trata del supuesto en el que se permite alcanzar un 75% de jubilación parcial. No obstante, como ya se señaló, estas contrapartidas y el aumento de la cotización del jubilado parcial harán poco interesante contratar relevistas por tiempo indefinido y a jornada completa.

En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido por el tiempo restante. En caso de incumplimiento por parte del empresario de las condiciones establecidas en materia de contrato de relevo, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial.

El relevista llevará a cabo sus tareas en el mismo puesto de trabajo o similar que el relevado, esto es, en un puesto de su grupo o categoría profesional equivalente y su horario podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él, lo que dota de flexibilidad a esta contratación, pues permite una cierta desconexión entre las funciones, la jornada y el horario del trabajador relevista y las del relevado. En relación con la configuración tradicional del contrato, se asiste de este modo a una nueva perspectiva de la jubilación parcial que admite una relativa desvinculación de la finalidad clásica del relevo, la transmisión generacional de experiencia profesional, del trabajador que se jubila al nuevo contratado, que presidió el nacimiento de esta figura.

En este sentido no se exigía que el puesto de trabajo del relevista fuera el mismo del trabajador sustituido o uno similar, es decir, que fuera del mismo grupo profesional o categoría equivalente³⁷ o incluso categoría distinta aun dentro del mismo grupo³⁸.

En la configuración inicial de la jubilación parcial no se precisaba una relación clara entre las cotizaciones del jubilado parcial y las del relevista. Sólo se contemplaba el requisito de que la empresa mantuviera cubierta, al menos, la jornada de trabajo sustituida y de que el puesto de trabajo del trabajador relevista debía ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal, excepto en el caso del personal directivo, el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Parecía suficiente y daba la impresión de que con ello se derivaba necesariamente que la empresa ingresaría las mismas cotizaciones que hasta ese momento venía haciendo por el jubilado parcial por la parte que quedaba sustituida por la pensión de jubilación.

La ley 40/2007 reconoció la posibilidad de que el puesto de trabajo del relevista pudiera no ser el mismo o uno similar, si bien sólo cuando se dieran requerimientos específicos del trabajo, a determinar reglamentariamente. Sin embargo, la novedad más importante y justificada introducida por la reforma de 2007 es que exige en todo caso que haya una correspondencia entre las bases de cotización de ambos de modo que la del trabajador relevista no pueda ser inferior al 65 % de la base por la que se venía cotizando al trabajador relevado que pasa a jubilación parcial.

La LMSS de 2007 no viene a alterar las posibilidades de flexibilidad en la contratación del relevista, pero sí a impedir que la finalidad de sustitución de un trabajo por otro y de sustitución de cotizaciones, que es una de las razones de ser de la jubilación parcial, no resulten garantizadas.

³⁷ TSJ Madrid 22 de febrero de 2006, Rec.6246/05,8 de marzo de 2007, JUR 173510, 5 de marzo de 2007 JUR 173811, 23 de enero de 2007, JUR 157592, TSJ La Rioja de 30 de enero de 2007, JUR 142855, Cataluña 27 de julio de 2005, As.3614, Aragón 25 de abril de 2007, JUR 235978).

³⁸ TSJ Valladolid de 2 de mayo de 2006, (As.1409).

No obstante, para evitar una rigidez excesiva la ley remitía al reglamento la posibilidad de excepcionar el juego del requisito de que el puesto de trabajo sea el mismo o similar y así estableció que “reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial” eso si siempre que la cotización fuera, al menos, del 65 % de la cotización por la que venía cotizando el relevado.

Pero la ley 40/2007 no acababa de resolver bien este problema pues no parecía que el precepto fuera directamente aplicable, hasta que el precepto se desarrollara reglamentariamente.

La ley 27/1011 en esta línea ha optado por una solución más operativa y práctica, además de razonable sobre todo si se tiene en cuenta la indefinición del grupo profesional o la categoría equivalente, la proliferación de grupos, categorías o puestos de trabajo y los variados sistemas de promoción profesional que se pactan en convenios o acuerdos colectivos, así como la indeterminación de los requerimientos específicos de ciertos trabajos, ha venido generando en numerosas ocasiones la inseguridad jurídica de poder considerar relevista idóneo a una determinada persona. Así ha decidido generalizar el requisito de correspondencia de cotización entre relevista y relevado, independientemente de que el relevista ocupe o no el mismo puesto de trabajo que el relevado. Es más clara que la farragosa y complicada fórmula del art. 166 LGSS que introdujo la Ley 40/2007. No hay que esperar ya a desarrollo reglamentario alguno del art. 166.2.e) LGSS.

Se ha adoptado, por otra parte, lo que supone una novedad introducida por la ley 27/2011, una base de cotización de referencia más ponderada, seis meses, para evitar cambios de cotización de última hora.

Puede que mediante esta modificación se flexibilice aún más el recurso a esta modalidad de jubilación³⁹. Sin embargo, no es suficiente para contrapesar las exigencias introducidas en otros aspectos por la reforma como las exigencias de cotización del relevado (vide supra). La introducción de mayor cotización por el jubilado parcial desvirtúa y desnaturaliza las contrapartidas empresariales de cotización por el relevista y la trascendencia del porcentaje exigido, que ahora sumado a la cotización ordinaria del jubilado, hace que la cotización en conjunto resulte desproporcionada y excesiva.

El art. 166.2 de la LGSS sólo exige el porcentaje del 65% a la jubilación parcial anticipada no a la diferida.

Téngase en cuenta las reglas de transitoriedad vistas más arriba que llevan a que estas previsiones de la ley 27/2011 no sean aplicables a jubilaciones parciales que se rijan por normas anteriores al RDL 5/2013, esto es, la ley 40/2007 por lo que el puesto de trabajo debe ser el mismo o similar. En este punto no hubiera planteado problema alguno aplicar la ley 27/2011, pero esta cuestión no ha sido tenida en cuenta por el RDL 5/2013.

La no sustitución del relevista por cese cuando la empresa esté obligada a ello, no afecta en su caso al acceso a la jubilación parcial, como se vio más arriba, pero sí acarrea una serie de responsabilidades para la empresa en materia de Seguridad Social. Se genera una responsabilidad en materia de prestaciones que viene a compensar el daño derivado del incumplimiento empresarial, derivado de la falta de ingreso de cuotas, sólo que no las del trabajador jubilado sino en este caso las del relevista.

El RD 1131/2002 en cuanto al régimen de responsabilidades en la prestación de Seguridad Social se refiere al “cese” del relevista sin más precisiones sobre cuál haya sido la causa, ni

³⁹ GALA DURAN. C. , *La jubilación anticipada...op. cit.*

cuál sea la situación del relevado por lo que caben todas las del art. 49 y ss. del ET, sin excepción alguna⁴⁰, ni siquiera por fuerza mayor, a diferencia de lo que ocurría en la jubilación a los 64 años del RD 1194/ 1985 de 17 de julio, cuyo art. 4 establecía la obligación de la empresa de sustitución del relevista, cuyo contrato se extinga, salvo supuestos de fuerza mayor, supuesto que por otra parte la doctrina judicial interpretó de manera literal⁴¹.

Es cierto que el precepto parece estar pensando en que la empresa continuará, de ahí la sustitución del trabajador, pero la doctrina judicial⁴² ha aplicado el régimen jurídico de la disp. ad. 2ª a supuestos de cese del relevista por cierre de la empresa por causas técnicas, económicas, organizativas y productivas tramitadas a través del art. 51 o 52 del ET⁴³. Así, cuando se produce una extinción "ante tempus" de los dos contratos tanto del jubilado parcial como del relevista mediante expediente de regulación de empleo por cese total de la empresa se condena al empresario a abonar a la Entidad Gestora la cuantía de la pensión de jubilación parcial, como una medida similar a otras, como el recargo de prestaciones (art. 123 LGSS) o el abono por la empresa de prestaciones por desempleo en caso de contratación temporal fraudulenta (art. 145 bis LPL y 208.4 de la LGSS).

La obligación de sustituir al trabajador relevista cesado por otro trabajador relevista, no obstante, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no subsiste cuando el jubilado parcial ha cesado también en la empresa en virtud de despido justificado por causas económicas. Ahora bien, siempre que se produzca la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa en expediente de regulación de empleo⁴⁴. Parece lógico ya que lo más probable es que el trabajador pase a desempleo y las cuotas las abonará el SEPE, pero sólo por la parte de tiempo trabajado sobre la que se calcula la prestación de desempleo.

Algunos califican de sancionatorio este régimen de responsabilidad, por lo que afirman que la disposición adicional puede adolecer de problemas de legalidad⁴⁵. La conclusión no es tan tajante pues en supuestos similares no se ha admitido que estemos ante una sanción (por ejemplo, la responsabilidad empresarial de las prestaciones por desempleo en caso de contratación temporal abusiva o fraudulenta).

Sin embargo, la diferencia está en que el supuesto de la disp. ad. 2ª no es una norma anti-fraude⁴⁶, sino que se aplica a todo incumplimiento empresarial, hubiera previsto o no la empresa si podría mantener el contrato del relevista, de manera que si esa sustitución no se da, desaparece la causa por la que se impone al INSS el deber de pago de la pensión que ha de asumir quien ha incumplido su obligación.

En este sentido se ha planteado si la empresa cumple con la obligación no ya de sustitución total por cese del relevista sino la contemplada por el art. 12.7 apartado c) del ET cuando impone que "la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la duración de la jornada acordada del trabajador sustituido".

⁴⁰ STSJ País Vasco de 11 de mayo de 2004 (As.3080) en contra del Juzgado de lo social que entendió que de acuerdo con la finalidad de la norma había que excluir los supuestos de imposibilidad empresarial de la prestación.

⁴¹ STSJ Castilla-La Mancha de 1 de marzo de 2004 (As.1027).

⁴² STSJ País Vasco de 11 de mayo de 2004 (As.3080).

⁴³ STSJ País Vasco de 13 de septiembre de 2005, (As.3403).

⁴⁴ SS.TS. de 29 de mayo de 2008 (Rec. 1900/2007), 23 de junio de 2008, Rec.2930/2007) y 16 de septiembre de 2008 (Rec. 3719/2007, 19 de septiembre de 2008, rec.3804/2007, 22 de septiembre de 2010, Rec. 4166/2009). Véase BASEIRIA I MARTI, "Les vicisitudes de la relació entre la jubilació parcial i el contracte de relleu: la resposta jurisprudencial en cas de concurrència d'un expedient de regulació d'ocupació", Comunicació presentada a les XX Jornades Catalanes de Dret Social: La Seguretat Social en continu canvi, Barcelona, 5 i 6 de març de 2009.

⁴⁵ CALVO GALLEGU, 2002, *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Sevilla, 2002, ed. CARL, p.107.

⁴⁶ STSJ País Vasco de 11 de mayo de 2004, (As.3080).

La cuestión se ha planeado en supuestos en que, si bien inicialmente se contrató a la trabajadora relevista mediante un contrato temporal, más tarde transformado en indefinido, posteriormente la jornada del relevista contratada a tiempo completo, se ve reducida al 50 %, es decir que la jornada que desempeña es inferior en un 35% a la del relevado por motivo de guarda legal de un menor. Se plantea entonces si se produce obligación de cubrir esa parte de jornada dejada vacante por la reducción de jornada. Según la STS de 23 de junio de 2011 (Rec. 3884/2010) es fundamental dirimir cuál es la naturaleza de la ausencia, parcial, de la trabajadora en el servicio de la empresa. No cabe dejar de dotar de relevancia a la razón concreta por la que disminuye la prestación de servicios con carácter temporal. En tales circunstancias no cabe incluir lo acontecido en la jornada de la relevista en el concepto de cese. En las sentencias de 8 y 9 de julio de 2009 (Rec. 3147/2008 y 3032/2008) el cese del trabajador relevista a que se refiere el precepto anterior se entiende en un sentido amplio, no se limita a la extinción del contrato de trabajo, sino que comprende también determinados supuestos de "cese temporal" prolongado del trabajador relevista, a las que se refiere la STS de 4 de octubre de 2010 (Rec. 4508/2009) y, por tanto, incluye los supuestos de cese temporal por excedencia voluntaria que constituye un incumplimiento total o de larga duración del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista, con obligación del empresario de sustituirlo. Sin embargo, la anterior doctrina encontraría la excepción en la reducción de jornada experimentada por el contrato de relevo al permanecer idéntico en su naturaleza y no traducirse la modificación de una de sus condiciones en el nacimiento de una vacante, lo que, de existir iría en contra de la finalidad del relevo y justificaría la acción de reintegro de las prestaciones.

También se plantea si existe obligación de sustitución cuando manteniéndose el jubilado parcial en la empresa principal, el trabajador relevista por mecanismos subrogatorios pasa a depender de otra empresa. La jurisprudencia del TS entiende que no hay obligación de sustitución porque el relevista sigue trabajando e ingresando cuotas aun para otra empresa⁴⁷. Cuando el jubilado parcial pasa a una nueva empresa, bien por subrogación, bien por nueva contratación, el contrato del relevista debe mantenerse bien por la empresa anterior bien por la nueva, con el mismo o con distinto trabajador.

La obligación de mantenimiento del relevista, tras el cese del relevado, produce efectos laborales en cuanto permite mantener la vigencia del contrato, pese a que ya no esté vigente el contrato del relevado, pero sobre todo va ligada al mantenimiento de la jubilación parcial y a las obligaciones asumidas por la empresa con la Seguridad Social, en este cuadro atípico y especial de derechos y obligaciones configuradas *ex lege*, que podrían compensarse con las cuotas de otras empresas que posteriormente contrataran durante la jubilación parcial al trabajador relevado que cesó en la primera.

Sobre su carácter sancionador o resarcitorio la doctrina en la materia está unificada por STS de 8 de Julio de 2009 (Rec. 3147/08)⁴⁸. Según esta doctrina la disp. ad. 2ª del RD 1131/2002 con referencia al apartado cuatro de la disp.ad. del RD 1131/2002, constituye asimismo un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste. Y, como es lógico, la responsabilidad que la norma contempla es la correspondiente al incumplimiento total de la antedicha obligación, esto es, ausencia de relevista durante todo el tiempo que media entre el cese del anterior y el momento en el que tenga lugar la jubilación ordinaria o anticipada del jubilado parcial. Como dice la Sentencia de 9 de Febrero de 2010, (Rec.2334/09) la norma "no tiene finalidad punitiva", rectificando así el criterio de dos resoluciones anteriores⁴⁹ de las que podía deducirse una posible finalidad sancionadora.

⁴⁷ STS de 25 de enero de 2010 (Rec. 1245/2009), 20 de mayo de 2010 (red. 3797/2009) y 9 de febrero de 2011 (Rec.1148/2010).

⁴⁸ Seguida por la de 9 del propio mes y año (Rec. 3032/08) y la de 15 de marzo (Rec. 2244/2009) y 13 de abril de 2010 (Rec. 2590/2009).

⁴⁹ SSTS de 23 de junio de 2008, (Rec. 2335/07) y 16 de septiembre de 2008, (Rec. 3719/07).

Inicialmente la jurisprudencia del TS sí le otorgó un carácter sancionador⁵⁰. Pero ese parecer fue corregido —aunque sin negar expresamente su cualidad antifraude— para pasar a afirmar que la disp. ad. 2ª del RD 1131/2002 «constituye asimismo un precepto regulador de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación»⁵¹. Y en la STS de 9 de febrero de 2010 (Rec.2334/2009) se afirma ya con toda rotundidad que la norma no tiene finalidad punitiva.

Toda esta construcción sobre las consecuencias del incumplimiento empresarial y responsabilidades derivadas se basaba en el fundamento de la jubilación parcial, en la necesidad de suplir las cotizaciones que el jubilado parcial al jubilarse parcialmente dejaba de ingresar. Como se ha ido viendo a lo largo de este trabajo esta idea se desvirtúa cuando la empresa debe cotizar por el jubilado como si fuera trabajador a tiempo completo [art. 166.2.g)] LGSS tras la ley 27/2011).

IV. CONCLUSIONES

La reforma de la jubilación parcial desde el Acuerdo de 2006 y la LMSS hasta las recientes reformas de 2011 y 2013 se ha visto arrastrada por la corriente general de penalización del adelantamiento de la jubilación y por los prejuicios contrarios a la misma, al verse más como un privilegio que como una favorable medida de política de empleo que evitara los recortes por otra parte excesivos y de por vida de las jubilaciones anticipadas totales. La LMSS de 2007 supuso un giro radical en la evolución de esta institución. En efecto, se pasó del fomento de esta modalidad de jubilación dentro de los programas de empleo y como alternativa a la jubilación anticipada nueva, a una equiparación en muchos aspectos con esta última mediante un endurecimiento de los requisitos de acceso de manera que quedaba y queda así desvalorizada la complejidad de la propia jubilación parcial. Ya no se valora que en este programa de empleo y jubilación la empresa se compromete a celebrar un contrato de relevo, por lo que se produce un mantenimiento del empleo efectivo y de las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de un nuevo trabajador que sustituye las del relevado, exigencia que en el Acuerdo viene reforzada.

Los costes de la pensión, una deficiente regulación con muchas lagunas y en determinados momentos interpretaciones jurisprudenciales discutibles y que no han tenido en cuenta debidamente la finalidad del contrato de relevo, han llevado a una alteración o replanteamiento de la propia institución y de su relación con otras modalidades como la propia jubilación anticipada, que pueden devaluar el papel compensatorio del contrato de relevo y en contra de lo establecido por la Renovación del Pacto de Toledo de 2003 en la que se consideraba conveniente mantener la figura del contrato de relevo y de sustitución.

Las medidas de la reforma de 2007 y 2011 contrarias de alguna manera a potenciar o facilitar la jubilación parcial contrastan con su extensión subjetiva al reconocerse también a los empleados públicos por el EBEP a añadir a la prevista por el Estatuto marco del personal estatutario. Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha frenado esta tendencia pidiendo un nuevo desarrollo reglamentario del citado artículo y una revisión del RD 1131/2002 que evidentemente el gobierno no ha llevado a cabo más interesado en reducir el recurso a esta modalidad de jubilación.

Los aumentos del coste y del gasto en pensiones que ello supone para la Seguridad Social y la expansión de esta modalidad como alternativa a la dureza de la nueva jubilación anticipada hacen que ya no sea vista con buenos ojos por el legislador y por los agentes sociales y acaba

⁵⁰ STS de 23 de junio de 2008 (Rec. 2335/07) y 16 de septiembre de 2009 (Rec. 3719/07).

⁵¹ SSTS 8 de julio de 2009 (Rec. 3147/08) y 9 de julio de 2009 (Rec. 3032/08).

prevaleciendo una visión estrecha en lugar de una forma de protección, mejor que otras, de la situación de los trabajadores de edad avanzada expulsados del mercado de trabajo que es el colectivo especialmente afectado.

La normativa de estos últimos años ha supuesto un giro radical en la evolución de esta institución en muchos aspectos mediante un endurecimiento de los requisitos de acceso y régimen jurídico. Las reformas han modificado los porcentajes de reducción de jornada, la edad, la duración del contrato de relevo, la obligación de cotizar del jubilado parcial y el relevista, las relaciones entre las funciones y el puesto del trabajador sustituto y las del sustituido a efectos de cotización, medidas que van a dificultar la pervivencia de esta institución en los próximos años. La introducción de mayor cotización por el jubilado parcial desvirtúa y desnaturaliza el propio esquema triangular institucional de la jubilación parcial, sus derechos y obligaciones, las contrapartidas empresariales.

Al no quererse abordar desde la protección social los problemas del mercado de trabajo y especialmente de estas capas de trabajadores, los costes sociales van a acabar recayendo sobre los propios damnificados, pues expulsados del empleo no van a poder recurrir a la jubilación parcial, y de no tener derecho a la anticipada, deberán conformarse con el raquítico subsidio de desempleo de más de 55 años, si carece de rentas la unidad familiar, con los efectos negativos que puede tener sobre su nivel de ingresos y sobre el futuro de la pensión.

No parece argumento suficiente los costes de Seguridad Social que conllevan las jubilaciones anticipadas, totales o parciales, pues también suponen un recorte importante para los afectados por las primeras, al ser muchas veces los primeros sacrificados en la reducción de plantillas o contrapartidas para las empresas que celebran contratos de relevo. Cabe, no obstante, argumentar que el crecimiento de la jubilación parcial anticipada pueda ser un factor que agrave la situación financiera de los sistemas de protección social ante los futuros problemas demográficos que tendrán que enfrentar y de momento en una situación de crisis económica.

Las reformas también han modificado los porcentajes de reducción de jornada y abordan algunas carencias en la regulación de la jubilación parcial de las que adolecía la legislación anterior como el hecho de no precisarse suficientemente, más allá del concepto laboral del grupo profesional, las relaciones entre las funciones y el puesto del trabajador sustituto y las del sustituido a efectos de cotización. Se viene así a recuperar de este modo una mayor relación entre ambos desde el punto de vista de la Seguridad Social, dada su ligazón a la pensión de jubilación, cuando desde el punto de vista laboral se habría producido un mayor alejamiento entre los mismos al no exigir identidad de horario, tareas, puesto de trabajo, etc. Y se han reforzado las garantías de mantenimiento del relevista para garantizar su cotización, incluso más allá cuando coticé a tiempo completo, lo que no se acaba de justificar. Una vez se incrementa la cotización del jubilado parcial se desvirtúa todo el esquema del contrato de relevo y si régimen jurídico en gran parte construido al servicio de cubrir mediante cotizaciones los costes de la jubilación del relevado.

La elevación de costes para la empresa al tener que seguir cotizando a tiempo completo, pese a que el contrato pasa a ser a tiempo parcial, lo que se agrava conforme aumente el porcentaje de jubilación, parece excesiva, desproporcionada (pues además por las horas trabajadas debe cotizar dos veces, por el jubilado parcial y por el relevista). La cotización puede de este modo dejar de cumplir su función asegurativa para ser un mero instrumento no sabemos si sólo recaudatorio, lo que es probable, sin repercusión, en su caso en la acción protectora, y con una finalidad caramente disuasoria de la utilización por las empresas de esta modalidad de jubilación.

Las últimas reformas de la jubilación parcial pueden considerarse en sentido literal ciertamente las últimas, la crónica de la muerte anunciada de esta figura.