

**JUBILACIÓN PARCIAL Y PLURIACTIVIDAD
SUCESIVA RETA-RÉGIMEN GENERAL.
UN RELEVANTE CAMBIO DE CRITERIO
DE LA DOCTRINA UNIFICADA**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social),
de 29 de enero de 2009*

ROSA M^a GONZÁLEZ DE PATTO*

SUPUESTO DE HECHO: El actor, trabajador afiliado y en situación de alta en el Régimen General de la S.S., solicitó del INSS pensión de jubilación parcial alegando que había convenido con su empleadora una reducción de su jornada de trabajo completa pasando a realizar una jornada a tiempo parcial. El demandante acreditó una cotización de 1.949 días al REA, 7.547 días al RETA y 3.894 días al Régimen General de Seguridad Social (RGSS), en el cual se encontraba de alta en el momento de la solicitud, totalizando 13.390 días cotizados al sistema de Seguridad Social. El INSS denegó lo pedido al considerar que, según las normas de cómputo recíproco, correspondía resolver sobre la prestación al RETA, siendo necesario que la pensión se reconozca por cualquier régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena.

Tras la desestimación de la reclamación administrativa previa, el actor formuló demanda ante el Juzgado de lo Social que estima la pretensión reconociendo el derecho del actor a percibir la correspondiente pensión por jubilación parcial en la cuantía que administrativamente se determine, condenando a las referidas entidades demandadas a estar y pasar por dicha declaración. Recurrida en suplicación, la sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de julio de 2005, estima el recurso absolviendo al INSS y la TGSS.

El trabajador interpone entonces recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, aportando como sentencia de contraste la

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 23 de junio de 2005 (Rec. 1209 / 2004), que en las mismas circunstancias declara, por el contrario, que el actor reúne la condición de trabajador por cuenta ajena y falla, a partir de esta premisa, revocando la sentencia recurrida y reconociendo la prestación por jubilación anticipada.

La controversia litigiosa (RECU 4605/2005), se refiere a la determinación de si el trabajador tiene derecho a acogerse a la modalidad de la pensión de jubilación parcial con mantenimiento de empleo a tiempo parcial, en unas circunstancias en las que, pese a haber desarrollado la porción más larga de su carrera de seguro en el RETA, también ha cotizado, aunque en menor cuantía, en el Régimen General durante un cierto tiempo de su vida profesional que resulta ser el más próximo al hecho causante, pero sin cubrir en este último el período mínimo de carencia genérica exigido en la legislación de Seguridad Social para el reconocimiento de la prestación de jubilación por tal Régimen.

RESUMEN: La sentencia del Tribunal supremo que se comenta, casa y anula la STSJ de Cataluña de 19 de julio de 2005 (rec. 1708/2004) fundamentando su decisión en la falta de regulación reglamentaria, a la que remite la DA 8^a. 4 de la Ley General de la Seguridad Social a efectos de regular el reconocimiento de dicha prestación a los trabajadores por cuenta propia en los diversos Regímenes Especiales. La sentencia de suplicación considera que, dado que el beneficiario tiene mayores cotizaciones en el RETA, es este Régimen el que debe regular el reconocimiento de la pensión de jubilación parcial, de modo que el acceso a la prestación litigiosa no procede hasta que no se establezcan las condiciones y términos de concesión por las pertinentes normas reglamentarias.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, después de analizar el bloque normativo complejo aplicable a los supuestos de pluriactividad sucesiva del trabajador y diversificación de su carrera de seguro entre el RETA –y otros regímenes especiales– y el Régimen General de Seguridad Social, cambia el criterio que ha venido sosteniendo tradicionalmente en la resolución de estos litigios consistente en que la pensión ha de otorgarse por el Régimen en que tenga acreditado el mayor número de cotizaciones cuando en ninguno de los regímenes implicados reúna los requisitos exigidos a tal efecto, de conformidad con las normas de cómputo recíproco de cotizaciones.

En efecto, el TS se decanta ahora en este pronunciamiento por un criterio diverso y alternativo en orden a las condiciones necesarias para que el trabajador “pluriactivo” cause el derecho a lucrar la pensión de jubilación parcial, y lo hace con fundamento en una interpretación integradora de los requisitos laborales previstos en el Estatuto de los Trabajadores (art. 12.6) y de los de Seguridad Social (arts. 166.1.b), DA 8^a.4 LGSS y RD 1131/2002, de 31 de octubre.), efectuada desde la perspectiva del impulso que la concertación social y el legislador han

querido dar a la jubilación gradual y flexible encarnado principalmente en la Ley 35/2002, de 12 de julio. Conforme a ella, para el TS lo relevante es, “de una parte, que el trabajador (...) reúna los requisitos para causar derecho a la prestación contributiva de seguridad social; y de otra, que es su situación última de actividad laboral la que debe definir si nos encontramos ante un trabajador por cuenta propia, o un trabajador por cuenta ajena”, circunstancias en las cuales “no debe ser aplicable la Disposición Adicional 8ª de la L.G.S.S., nº 4”. Es decir, “lo esencial es determinar si el beneficiario ha “ganado” con sus cotizaciones el derecho al acceso a una pensión de jubilación contributiva en el momento del hecho causante” y que en tal momento tenga la condición de trabajador por cuenta ajena.

Con ello el Tribunal Supremo abandona el tradicional criterio del “régimen competente” vinculado a las normas de cómputo recíproco de cotizaciones, para acoger el criterio de la “actividad actual”, reconociendo el derecho a la pensión de jubilación parcial cuando sea el RGSS al que el trabajador está cotizando en el momento de acaecimiento del hecho causante, aunque no se haya cubierto en éste el periodo de carencia genérica exigido con carácter general a tal efecto por la legislación de Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA JUBILACIÓN PARCIAL COMO MEDIDA DE POLÍTICA DE EMPLEO Y SU EVOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. UN APUNTE BREVE
2. JUBILACIÓN PARCIAL Y PLURIACTIVIDAD. EN ESPECIAL, LA INTERACCIÓN DEL RETA Y EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL (RGSS) EN LA CARRERA DE SEGURO DEL TRABAJADOR
3. LA DOCTRINA DE SUPLICACIÓN: LÍNEAS DE TENDENCIA
4. LA DOCTRINA UNIFICADA DEL TS. LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL Y CAMBIO DE CRITERIO: VALORACIÓN CRÍTICA E INCERTIDUMBRES

1. INTRODUCCIÓN: LA JUBILACION PARCIAL COMO MEDIDA DE POLÍTICA DE EMPLEO Y SU EVOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. UN APUNTE BREVE

Como se sabe, la jubilación parcial anticipada constituye una medida de política de empleo destinada a prolongar la vida activa del trabajador maduro conjugándola con un reparto del tiempo de trabajo del trabajador beneficiario que, en ciertos supuestos, pasa a ser compartido por un nuevo trabajador relevista. Como recuerda la propia sentencia del TS comentada, en su dimensión histórica la ley 32/1984 de 2 de agosto modificó sustancialmente el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores –desarrollado reglamentariamente en la Sección Segunda del Capítulo II del RD 1445/1982, de 25 de junio– que contenía la regulación inicial del contrato a tiempo parcial, instaurando, en su

ordinal 5, la modalidad del contrato de relevo, como una figura más del contrato a tiempo parcial, cuyo desarrollo reglamentario se hace por el RD 1991/1984 de 31 de octubre, que deroga el precitado RD 1445/1982. El mecanismo, por tanto, de la nueva figura se basaba en una consideración conjunta de los requisitos condicionantes de la jubilación anticipada parcial y el contrato a tiempo parcial: de una parte, un trabajador próximo a la edad de jubilación –esta edad ha ido cambiando en las sucesivas reformas– convierte su previo contrato de trabajo a tiempo completo en jornada parcial y, simultáneamente, comienza a percibir la pensión correspondiente de jubilación en cuantía proporcional a la nueva situación laboral novada. De otra parte, se establece, como requisito necesario para el reconocimiento de la prestación de seguridad social, que el beneficiario reúna las condiciones generales exigibles para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación –a excepción de la edad –¹ y, por último, la contratación de otro trabajador, mediante el llamado contrato de relevo, sea por jornada completa, sea por la dejada vacante por el jubilado parcial, con duración hasta la fecha de cumplimiento de la edad pensionable, llegada la cual se extinguirá el contrato a tiempo parcial –salvo pacto en contrario– y el jubilado anticipado percibirá la prestación total.

Esta institución – regulada en el ámbito laboral en el art. 12.6 LET y en el art. 166 LGSS en el plano de la Seguridad Social – ha sido objeto de un notable impulso de la mano de la concertación social y, sobre esa base, del propio legislador. En efecto, con el objeto de incorporar mayores dosis de flexibilidad a la prestación de jubilación, se suscribe el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección social firmado el por el Gobierno y los agentes sociales (9 de abril del 2001), instrumentado normativamente con posterioridad a través de las Leyes 12/2001, de 9 de julio y 35/2002, de 12 de julio. En las mismas, el fomento de la jubilación parcial se articula, fundamentalmente, a través de cuatro medidas: primero, se modifica el art. 12.6 LET en el sentido de extender la jubilación parcial a los trabajadores de 65 o más años, desvinculándola aquí del contrato de relevo que pasa a ser potestativo. En segundo lugar, añadiendo al artículo 165.1 LGSS, que establece el principio general de incompatibilidad entre prestación y trabajo, un número 2 que prevé como excepción a la regla general anterior el supuesto de acceso a la jubilación cuando se compatibilice el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan”, en cuyo caso se aminorará

¹ Que conforme al art. 161.1.b) LGSS son: tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 15 años (periodo de carencia genérica), de los cuales al menos dos habrán de estar comprendidos en los 15 años inmediatamente anteriores al momento del hecho causante (periodo de carencia específica).

“el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista”. En tercer término, modificando el artículo 166 LGSS, al que se añade un nuevo apartado 4 que prescribe que: “El régimen jurídico de la jubilación parcial, a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca”. Y, finalmente, una cuarta medida, reclamada unánimemente por los sindicatos y la doctrina científica, consistente en extender la jubilación anticipada a todos los trabajadores, aunque no tuvieran la condición de mutualistas en fecha 1 de enero de 1967. El régimen no es exactamente igual para estos mutualistas que para el resto de los beneficiarios, aunque las diferencias existentes principalmente en relación con la edad de acceso, involuntariedad en el cese del trabajo e inscripción como demandante de empleo durante seis meses, no se han considerado discriminatorios por la jurisprudencia.

Por su parte, la más reciente Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, introduce algunas modificaciones de calado en la institución orientadas, principalmente, a su mejor adecuación a los objetivos a los que debe responder y evitando o tratando de corregir una utilización desviada o fraudulenta de la misma –detectada en algunos supuestos– que podría hacer peligrar el equilibrio patrimonial del sistema de Seguridad Social. En este sentido, de una parte, introduce la exigencia de un período de antigüedad mínimo en la empresa de seis años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial, aunque para este requisito se prevé una aplicación paulatina a lo largo de cuatro años²; y de otra parte, establece como requisito del trabajador beneficiario, la acreditación de un período mínimo de cotización de 30 años, sin que, al efecto, se computen pagas extraordinarias³.

2. JUBILACIÓN PARCIAL Y PLURIACTIVIDAD. EN ESPECIAL, LA INTERACCIÓN DEL RETA Y EL RGSS EN LA CARRERA DE SEGURO DEL TRABAJADOR

Uno de los muchos problemas que se suscitan en torno a la jubilación parcial se plantea cuando ésta se conecta con carreras profesionales pluriactivas que conllevan cotizaciones sucesivas a diversos regímenes de Seguridad Social – en especial al RETA y Régimen General –, un fenómeno éste que, además,

² Sin perjuicio de mantener el régimen jurídico anterior a la vigencia de la ley 40/2007 para aquellos trabajadores afectados por Convenio hasta que este termine o hasta la finalización del año 2009.

³ También se establece una aplicación gradual de este período de cotización durante cinco años, que va desde los 18 años durante 2008 a 30 años, a partir del año 2012.

constituye una realidad usual en las actuales relaciones productivas, llegando incluso a prevalecer respecto de las carreras homogéneas sobre todo en épocas de crisis económica en las que la transición del trabajo autónomo al asalariado o viceversa son habituales. Pues bien, ese escenario complejo en la carrera profesional y de seguro del trabajador tiene una importante incidencia en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social en general y, en particular por lo que ahora interesa, en lo concerniente al derecho a lucrar la prestación de jubilación parcial.

El punto de partida en esta materia viene determinado, de una parte, por la inexistencia, a día de hoy, de la prestación de jubilación parcial en el RETA de conformidad con el bloque normativo regulador de la jubilación parcial y, por otro lado, por las reglas de cómputo recíproco de cotizaciones cuyo finalidad es la determinación del régimen de seguridad social competente para causar el derecho a la prestación en los supuestos de concurrencia de cotizaciones sucesivas al RETA –u otros regímenes especiales – y Régimen General.

En cuanto a la primera cuestión, ya se ha dicho que la regulación básica de la jubilación parcial en el Régimen general de la Seguridad Social se contiene en el art. 166 LGSS – que habrá de ponerse en relación con los requisitos laborales establecidos en el art. 12.6 LET –, con desarrollo reglamentario por el RD 1131/2002, de 31 de octubre. Sin embargo, cuando de trabajadores por cuenta propia se trata, si bien la DA 8^a.4 LGSS prevé la extensión de esta prestación, entre otros, a dichos trabajadores, lo hace limitada y condicionalmente en los términos y condiciones que establezca una regulación reglamentaria que no ha llegado aun a producirse. Por otra parte, y a mayor abundamiento, el RD 1131/2002 al delimitar su ámbito subjetivo de aplicación (art. 1) no menciona expresamente a los incluidos en el RETA, refiriéndose exclusivamente a los trabajadores “incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen especial de la minería del carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar”, reafirmando esta idea al limitar el círculo de “beneficiarios” de la jubilación parcial a los “trabajadores por cuenta ajena” (art. 10). Así las cosas, el acceso a una pensión de jubilación parcial no está contemplado como un derecho de los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el RETA.

No obstante el nudo del problema, que es el debatido en la sentencia del TS objeto de comentario, reside en los supuestos de pluriactividad sucesiva del trabajador en los que se entremezclan cotizaciones al RETA y al Régimen General, siendo éste último el régimen de Seguridad Social de adscripción al estar prestando trabajo por cuenta ajena en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación parcial y siempre que en el mismo no se cubra el periodo de carencia exigido legal y reglamentariamente para lucrar dicha pensión.

En este contexto, dos son los criterios que, en principio y alternativamente, podrían manejarse para considerar al trabajador con carrera “pluriactiva” adscrito al Régimen general a efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación parcial: uno, el criterio de la “última actividad”, referido al encuadramiento actual del trabajador a dicho Régimen en el momento de la solicitud de la pensión o, dos, el del “régimen competente”, cuando sea el Régimen general el competente para causar el derecho conforme a las normas de cómputo recíproco de cotizaciones.

Se ha afirmado que las reglas sobre cómputo recíproco carecen de una regulación unitaria en el ordenamiento jurídico español⁴, formando parte de una normativa fragmentada y dispersa que se concentra en el RD 691/1991, de 12 de abril⁵ y en las normas reglamentarias reguladoras de cada uno de los regímenes especiales de Seguridad Social⁶. En ese contexto, nuestros órganos jurisdiccionales del orden social suelen aplicar sistemáticamente y con carácter general el RD 691/1991, pese a no estar implicado el sistema de Clases Pasivas, a cualquier supuesto de pluriactividad con cómputo recíproco de cotizaciones, salvando así la carencia de una norma única y homogénea aplicable a todo el sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, se olvida a menudo la existencia de otra norma diversa en materia de cómputo recíproco, está sí verdaderamente dotada de alcance unitario y general al no estar limitado su ámbito subjetivo, que extiende las prescripciones del art. 35 del D. 2530/1970, de 20 de agosto⁷ al conjunto del sistema de Seguridad Social: se trata del Decreto 2957/1973, de 16 de

⁴ Sobre la actual regulación del cómputo recíproco de cotizaciones, vid. Ballester Pastor, A.: El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de seguridad social, Madrid, 2007.

⁵ Esta norma (art. 1) limita su ámbito de aplicación a los supuestos en que el trabajador durante su carrera profesional hubiera estado en algún momento encuadrado en el sistema de Clases Pasivas, estableciéndose expresamente al respecto que el procedimiento aplicable cuando no se encuentra incluido el de Clases pasivas debe ser el que exista al efecto en su legislación propia.

⁶ Cada uno de los regímenes especiales en el sistema español de Seguridad Social (excepto el Régimen General) establece sus propias reglas de cómputo recíproco de cotizaciones con relación al resto de regímenes. Así, el art. 68 D. 3772/1972, de 23 de diciembre establece el mecanismo de cómputo recíproco aplicable en el régimen especial agrario; el art. 26 D. 2346/1969, de 25 de septiembre, para los empleados de hogar; el art. 59 D. 1867/1970, de 9 de julio, para los trabajadores del mar; el art. 7 D. 298/1973, de 8 de febrero, para los trabajadores de la minería del carbón y el art. 35 del D 2530/1970, de 20 de agosto, que establece las reglas de cómputo recíproco cuando en la carrera profesional del trabajador hubiera estado implicado el RETA.

⁷ Regulador del Régimen Especial de trabajadores autónomos.

noviembre, sobre cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema de la Seguridad Social ⁸.

Tomando en consideración las prescripciones al respecto del RD 691/1991 (art. 4.2), las del D. 2530/1970 regulador del régimen especial de trabajadores autónomos (art. 35.2), así como las recogidas en el citado D. 2957/1973, de 16 de noviembre, nos encontramos con un sistema similar de cómputo recíproco que puede resumirse así: 1) la pensión se reconocerá por el régimen de Seguridad Social en el que el trabajador estuviese cotizando al tiempo de solicitar la prestación, siempre que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho régimen (criterio temporal); 2) cuando el trabajador no reuniese tales períodos antes referidos, causará derecho a la pensión en el que se hubiese cotizado anteriormente, siempre que el mismo reúna los requisitos señalados, y 3) cuando el trabajador no hubiese reunido en ninguno de los regímenes implicados, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos (totalización de cotizaciones), otorgándose en tal caso la pensión por el régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones (criterio cuantitativo).

3. LA DOCTRINA DE SUPPLICACIÓN: LINEAS DE TENDENCIA

Corresponde ahora analizar cuál es la posición de nuestros Tribunales cuando se enfrentan a supuestos de carreras profesionales “pluriactivas” con implicación del RETA y el RGSS.

En este sentido, la praxis forense evidencia la existencia de dos corrientes diversas en la doctrina de suplicación. Por un lado, un cuerpo de sentencias se decantan por el criterio del régimen competente para el reconocimiento de la pensión de conformidad con las reglas de cómputo recíproco, de modo que aun siendo el solicitante un trabajador por cuenta ajena en el momento del hecho

⁸ Así lo señala la STSud de 21 de septiembre de 2006 (Rec. 3506/2005) y, con cita de la misma, la de 21 de enero de 2009 (RCUD 208/2008). El citado D. 2957/1973 ha sido interpretado por dos resoluciones del INSS: la Resolución de 22-3-1999, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación al amparo de normas de derecho transitorio, cuando es necesario acudir al cómputo recíproco de cotizaciones; y la de 9 de agosto de 1978, de la Dirección General de Prestaciones, sobre el alcance de la aplicación de lo dispuesto en el número 2 del artículo único del citado Decreto 2957/1973.

causante, si el régimen competente resulta ser el RETA se deniega el derecho a la pensión de jubilación parcial por no estar contemplada tal prestación en dicho Régimen⁹. Frente a éstas, existen pronunciamientos cada vez más frecuentes, que optan por el criterio de la “actividad actual”, es decir por reconocer la pensión de jubilación parcial cuando sea el Régimen General al que se está cotizando en el momento del hecho causante y se acredite en él el periodo de carencia específica exigido para esta prestación (dos años cotizados en los últimos quince inmediatamente anteriores al hecho causante), aun no cumpliéndose el requisito del periodo de carencia genérica exigido por el art. 12.6 LET en relación con el art. 161.1.b) LGSS (15 años)¹⁰.

No obstante, algunas de estas últimas sentencias de suplicación utilizan una técnica ambigua y hasta cierto punto contradictoria para llegar a esta conclusión. Es el caso de la STSJ Cantabria de 30 de enero de 2008, que, en un primer momento parece decantarse por el criterio de la actividad actual a efectos del encuadramiento efectivo del trabajador en el Régimen General y el reconocimiento de la pensión, para después recurrir también al criterio del régimen competente considerando como tal al RGSS¹¹. Por su parte la Sala Social del TSJ País Vasco es la que más reiteradamente se ha pronunciado por el criterio de la actividad actual en el RGSS para reconocer el derecho a la pensión obviando las reglas de cómputo recíproco¹². Así, algunos pronunciamientos de la Sala estiman la pretensión del trabajador reconociendo el derecho a la pensión de jubilación parcial por el RGSS por el mero hecho de ser al que se cotizaba en el momento de la solicitud, sin tomar siquiera en consideración el cumplimiento de la carencia específica en éste –aunque ésta de hecho se cumpliera –, al entender que lo relevante no es el régimen por el que se causa

⁹ Vid. entre otras, STSJ Cataluña de 19 de julio de 2005, (recurso de suplicación num. 1.708 / 2004); STSJ Comunidad Valenciana de 22 de mayo de 2003 (PROV 2004, 115530)

¹⁰ Vid. STSJ Cataluña de 23 de junio de 2005 (Rec. 1209 / 2004); SSTSJ Comunidad Valenciana de 5 de noviembre de 2004; SSTSJ País Vasco de 22 de marzo de 2005 (AS 2005, 2255), 28 de junio de 2005 (PROV 2005, 207296) y 8 de septiembre de 2006 (AS 2007, 976) (rec. 1123/2006); STSJ Navarra 29–12–05 (PROV 2005, 123726), (rec. 371/05); SSTSJ de Cantabria de 5 de julio de 2007 AS 2007, 2708) (rec. 531/2007) y 30 de enero de 2008 (AS 2008, 767).

¹¹ Para un comentario de esta sentencia, vid. Ballester Pastor, A.: “Acceso a la jubilación parcial en carreras profesionales diversificadas en varios regímenes de seguridad social: criterios jurisprudenciales y cuestiones pendientes”, AS, n° 21, 2008.

¹² Un exhaustivo acopio de la doctrina de la Sala sobre la materia en Díaz De Rábago Villar, M.: “Criterios recientes del TS y del TSJPV sobre jubilación parcial”, AS, n° 16, 2008.

la pensión, sino en el que se está de alta al acceder a la jubilación parcial.¹³ No obstante, en algunos otras resoluciones la acreditación de la carencia específica en el RGSS se considera un requisito exigible¹⁴. Como contrapunto, en algunos casos se ha reconocido el derecho a lucrar la pensión debatida aun constando el incumplimiento de la carencia específica en el Régimen General o sin que constara su cumplimiento¹⁵.

4. LA DOCTRINA UNIFICADA DEL TS. JURISPRUDENCIA TRADICIONAL Y CAMBIO DE CRITERIO: VALORACIÓN CRÍTICA E INCERTIDUMBRES

La propia sentencia TS de 2009, que ahora se comenta, comienza por hacer referencia a la que ha sido jurisprudencia pacífica y tradicional de la Sala IV en relación a los supuestos litigiosos de pluriactividad con implicación del RETA y el RGSS, centrada en la interpretación de las reglas del art. 35 del D. 2530/1970 de 20 de agosto, regulador del sistema de cómputo recíproco de cotizaciones en el RETA.

El criterio mantenido en este sentido ha sido, de modo impenitente, el de que la pensión se habrá de otorgar por el Régimen implicado en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones¹⁶. De este modo, se tenía sentado el criterio del “régimen competente” según el cual, aplicando las reglas de cómputo recíproco de cotizaciones respecto al RETA y el régimen General, cuando en ninguno de los regímenes implicados en la carrera de seguro del trabajador se cubriese el periodo de carencia exigible, la regla es que la pensión se habrá de otorgar por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones (criterio cuantitativo), totalizando, entonces, las cotizaciones efectuadas a todos los regímenes implicados.

¹³ SSTSJ País Vasco 22 de marzo de 2005 (AS 2005, 808) (rec. 2734/04), confirmada por STSud 29 de junio de 2006 (RJ 8476)); 28 de junio de 2005 (PROV 2005, 207296) (rec. 501/05); 30 de enero de 2007 (PROV 2007, 121380) (rec. 2172/06); 26 de junio de 2007 (PROV 2007, 337167) (rec. 1064/07); 29 de junio de 2007 (PROV 2007, 336974) (rec. 1147/07); 15 de enero de 2008 (PROV 2008, 175167) (rec. 2645/07).

¹⁴ STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2007 (PROV 2008, 127141) (rec. 2398/07).

¹⁵ SSTSJ País Vasco de 23 de enero de 2007 (AS 2007, 1562) (rec. 2195/06); 6 de febrero de 2007 (AS 2007, 1476) (rec. 1877/06); 18 de diciembre de 2007 (AS 2008, 1466) (rec. 2549/07).

¹⁶ Vid. por todas, SSTS 4 de marzo de 1993 (Rec. 1222/1993) y 12-05-1999 (RJ 4819).

Extrapolando esta doctrina al supuesto litigioso actual, de ser el RETA el régimen por el que habría de causarse y regularse la prestación, el trabajador no tendría derecho a la pensión de jubilación parcial, puesto que, pese a estar contemplada legalmente dicha prestación, su reconocimiento efectivo esta condicionado a un desarrollo reglamentario (DA 8ª.4 LGSS) que aun no se ha producido.

Sin embargo, más recientemente cabría advertir un cambio implícito y ambiguo de criterio del TS al respecto, por efectuarse con ocasión del rechazo del recurso de casación formulado por el INSS contra una sentencia de suplicación que reconocía el derecho a la pensión de jubilación parcial al trabajador con mayor tiempo de cotización en el RETA, rechazo que obedecía a la no apreciación de la contradicción con la sentencia de contraste alegada por el recurrente. Se trata de sendas sentencias de unificación de doctrina de fechas 29 de junio de 2006 y 29 de junio de 2007, ésta última ratificando la doctrina de la anterior¹⁷.

Con todo, en la fundamentación jurídica de las mismas se avala, obiter dicta, la tesis mantenida por las sentencias recurridas que habían reconocido la pensión de jubilación parcial – pese a que las reglas de cómputo recíproco conducían al RETA como régimen competente para causar y regular, en su caso, el derecho a la prestación–, y se hace con el argumento del cumplimiento en el RGSS, al que se cotizaba en el momento del hecho causante, del período de carencia específica exigido por el art. 12.6 LET –en relación con el art. 161.1.b) LGSS –. Esta circunstancia –ausente en las sentencias de contraste – denota, según el TS, una “vinculación efectiva” del trabajador (por proximidad y entidad) con el Régimen General que, por ello mismo, debe ser el competente para el reconocimiento de la pensión. En realidad, pues, el TS, aunque de forma indirecta, se decanta por la regla de la “actividad actual”, aunque matizada por el parámetro de la “vinculación efectiva” que se conecta al cumplimiento de la carencia específica exigida por el art. 166.1.b) LGSS.

Pero, en todo caso, el hecho de no abordarse directamente el problema de fondo y hacerlo con el enfoque indirecto e implícito de estos dos pronunciamientos, mantenía en la indefinición la postura de la doctrina unificada al respecto y pendiente la necesaria labor de clarificación definitiva en sede jurisprudencial de esta cuestión que atañe sensiblemente, y hasta ahora en un sentido restrictivo, a la protección social de los trabajadores¹⁸.

¹⁷ SSTSud de 29 de junio de 2006 (RJ 2006, 8476) (RCUD 2641/2005). 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 6652),(RCUD 932/2006).

¹⁸ En este sentido, Ballester Pastor, A.: “Acceso a la jubilación parcial en carreras profesionales diversificadas en varios regímenes de seguridad social: criterios jurisprudenciales y cuestiones pendientes”, cit.

Una anómala e indeseable situación que podría cerrarse definitivamente con la reciente sentencia del TS, dictada en unificación de doctrina, de 29 de enero de 2009. En ella el TS se enfrenta a un supuesto de pluriactividad sucesiva – REA, RETA y RGSS – en la que el trabajador solicita la pensión de jubilación parcial en su condición de trabajador por cuenta ajena en situación de alta en el RGSS, último en su carrera de seguro, pero sin cumplir en él mismo ni el periodo de carencia genérica, ni específica exigidos por el art. 12.6 LET en relación con el art. 166.1.b) LGSS. Aquí el TS, ya de forma directa y expresa, adopta el criterio de la “actividad actual”, según el cual ha de ser el RGSS en el que el trabajador está encuadrado en el momento del hecho causante el que debe causar y regular la pensión solicitada aunque no se cumpla en el mismo el periodo de carencia genérica exigible legalmente para lucrar la pensión contributiva. Con ello, se desmarca abiertamente del criterio del régimen competente vinculado a las reglas de cómputo recíproco (FJ. Segundo, 3), e, incluso, implícitamente del criterio de “la vinculación efectiva” al RGSS –por el que apostó indirectamente la Sala en las sentencias de 29 de junio de 2006 y 29 de junio de 2007 ya comentadas– al no hacer referencia en ningún momento a que el cumplimiento del periodo de carencia específica en el RGSS sea un requisito esencial a tal efecto.

Para llegar a esta conclusión, se vale de una doble y acertada interpretación. En primer término, se afirma que desde una interpretación sistemática y literal de los preceptos reguladores de la jubilación parcial – art. 12.6 LET y arts. 166.2 LGSS (previamente a su reforma por la Ley 40/2007), así como los arts. 1 y 10 RD 1131/2002, de desarrollo del primero – debe concluirse que ninguno de ellos hace referencia, ni de forma explícita ni implícita, a cuál deba ser el Régimen de Seguridad Social que haya de reconocer dicha pensión, ni tampoco a las normas de cómputo recíproco de cotizaciones, sino que lo relevante es que el trabajador, aparte de otros requisitos de orden laboral, cumpla los establecidos para causar derecho a la jubilación contributiva y que se trate de un trabajador por cuenta ajena encuadrado en el RGSS en el momento de acaecimiento del hecho causante; circunstancias todas ellas que, a juicio del TS, hacen inaplicable al supuesto de hecho litigioso la DA 8^a.4 LGSS relativa a los trabajadores autónomos.

En este mismo sentido, y a mayor abundamiento de la tesis que sustenta la fundamentación jurídica, se orientan –insiste la Sala– las modificaciones introducidas en el art. 166.2 LGSS por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Es sabido que la citada norma introduce la exigencia, por un lado, de acreditar una antigüedad mínima en la empresa de 6 años inmediatamente anteriores a la jubilación parcial [art. 166.2.b)], lo que “pone de relieve que la figura prestacional debe ponerse en relación con la situación laboral del trabajador inmediatamente anterior al

hecho causante, abstracción hecha del Régimen de Seguridad Social que debe reconocer la prestación”. Por otro lado, se amplía el periodo de carencia genérica para lucrar la pensión a 30 años de cotización a la Seguridad Social, y aquí, de nuevo, “abstracción hecha por tanto, del Régimen de la Seguridad social que debe reconocer y satisfacer la prestación”.

Por otra parte, y ahora conforme a una interpretación evolutiva y teleológica del citado bloque normativo, que busca un alargamiento de la vida laboral mediante un sistema de jubilación gradual y flexible, las normas sobre reconocimiento de la prestación deben ser interpretadas, a salvo de norma prohibitiva expresa o de constancia de fraude de ley, “conforme al doble principio pro operario y pro beneficiario” Para el TS, además, “la interpretación contraria significaría olvidar los elementos propios configuradores de la jubilación parcial, en su conexión con otros requisitos, de procedencia más bien laboral, exigidos conjuntamente, para la validez de la contratación a tiempo parcial (esencialmente, los establecidos en el artículo 12 ET), restringiendo, sin cobertura legal adecuada, las previsiones normativas al respecto”.

Conforme a todo ello, el TS concluye que, en lo que al reconocimiento del derecho del trabajador a la pensión de jubilación parcial se refiere, “lo decisivo no es qué Régimen de Seguridad Social debe proceder, conforme las cotizaciones realizadas, al reconocimiento de la prestación (...), sino que lo esencial es determinar si el beneficiario ha “ganado” con sus cotizaciones el derecho al acceso a una pensión de jubilación contributiva, en el momento del hecho causante”. En definitiva, pues, el TS acoge ya de forma directa y sin ambages el criterio de la “actividad actual” a efectos de causar derecho a la pensión de jubilación parcial, bastando para ello, por tanto, que en el momento de la solicitud el trabajador esté de alta en el RGSS y la proximidad de las últimas cotizaciones a dicho régimen, aunque sin hacer hincapié en la exigencia del cumplimiento del periodo de carencia específica en el mismo (criterio de la “vinculación efectiva”)¹⁹.

Sin embargo, la rotundidad y el acierto con la que la doctrina unificada fundamenta y se pronuncia aquí clarificando, por fin, la problemática suscitada por la jubilación parcial en los supuestos de pluriactividad sucesiva, después de tan largo tiempo de indefinición al respecto, queda enturbiada por la posterior sentencia de la misma Sala de 21 de enero de 2009²⁰ que, en mi opinión, entra en una injustificada contradicción con la doctrina sentada por la Sala en la comentada sentencia de 20 de enero de 2009. Es cierto que, como se advierte en la

¹⁹ El sostenido implícitamente en las SSTSud de 29 de junio de 2006 y 29 de junio de 2007, cit.

²⁰ STSud 21 de enero de 2009 (RCUD 208/2008).

propia sentencia, se trata de dos supuestos de hecho diversos, pero la divergencia reside únicamente en la prestación reclamada: en la de 20 de enero, la jubilación parcial, mientras que en la de 21 de enero se trata de una jubilación anticipada. A salvo de esta diferencia en orden a la prestación controvertida –irrelevante, desde mi punto de vista a efectos del fondo de la cuestión controvertida–, las restantes circunstancias son sustancialmente iguales: cotización sucesiva al RETA, al REA (CA) y finalmente al RGSS en los últimos 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante, desde el que se solicita la prestación.

Pues bien, a pesar de esta práctica identidad de supuestos, la sentencia de 21 de enero el TS casa y anula la sentencia del TSJ de Aragón, de 26 de diciembre de 2007²¹ que estimaba el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador reconociéndole el derecho a la pensión de jubilación anticipada solicitada por su encuadramiento actual en el RGSS. En su fundamentación jurídica, el TS, rechaza, aquí, expresamente el criterio de la actividad actual (FJ 3º) sentado por la sentencia anterior de 20 de enero, y vuelve a centrar el debate en la interpretación del art. 35 del Decreto 2530/70 por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y el art. 67 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del referido Régimen Especial, esto es, en las normas de cómputo recíproco de cotizaciones y, desde esa base, determina que el régimen competente para causar el derecho a la prestación sería el RETA en el que no está prevista la prestación solicitada: la pensión de jubilación anticipada, que, por tanto, debe denegarse al actor.

Para salvar lo que se presenta como una sorprendente e infundada contradicción, se recurre a dos argumentos periféricos, accidentales y, por tanto faltos de suficiente consistencia: primero, la ya apuntada divergencia en la pensión demandada y segundo, la no condición de mutualista del actor a fecha 1 de enero, circunstancia que no le permitiría acogerse a la excepción prevista en la Ley 47/199 de 23 de diciembre, que dicta reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales, en virtud de la cual podría habersele reconocido acceder a dicha prestación.

Se trata de una inquietante resolución judicial que podría sembrar dudas acerca de la consolidación del relevante y pertinente cambio de criterio protagonizado por la sentencia de 20 de enero de 2009, que es el que debería prevalecer en todo caso en relación tanto con la pensión de jubilación parcial, cuanto de la jubilación anticipada –prestaciones ambas no previstas en el RETA– en los supuestos, tan habituales, de transición de trabajo autónomo a trabajo subordinado, una vez acreditada la vinculación efectiva del trabajador al RGSS.

²¹ STSJ Aragón 26 de diciembre de 2007 (rec. 1078/2007).