

La cuestión planteada se centra en determinar si tiene derecho a la jubilación anticipada parcial la trabajadora que presta servicios en la empresa como contratada fija-discontinua de actividad que no se repite en fechas ciertas, cuando la empresa acepta la contratación de otra persona por la jornada restante en virtud de contrato de relevo. Tras la reforma legislativa ex Ley 40/2007 se exige para alcanzar la jubilación parcial con menos de 65 años que el beneficiario esté sujeto a una relación de trabajo a tiempo completo y cuando la actividad se repite en fechas ciertas. Reitera doctrina.

SENTIDO DEL FALLO: Estimación íntegra recurso de casación

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3616/2022

Ponente: Excm.a. Sra. D.ª María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1272/2023

Excmos. Sres. y Excm.a. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª María Luz García Paredes

En Madrid, a 21 de diciembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra la sentencia núm. 990/2022, de 17 de mayo, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación núm. 67/2022, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Éibar, en autos núm. 283/2021, seguidos a instancias de Dña. Mariola contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la empresa Yurrita e Hijos, S.A. sobre jubilación.

Ha comparecido en concepto de recurrido Mariola y en su nombre y representación el procurador D. Luis Pablo López-Abadía Rodrigo, asistida por el letrado D. Alberto Fiallegas Cortés.

Ha sido ponente la Excm.a. Sra. D.ª María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de septiembre de 2021, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Éibar dictó sentencia cuya parte dispositiva es la que sigue:

"Que, estimando la demanda interpuesta por Mariola contra YURRITA E HIJOS S.A., INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho de la demandante al percibo de prestación de jubilación parcial del 80 % de la base reguladora de 1428,13€/mes con sus mejoras y revalorizaciones legales, con efectos de 28/12/2020, condenando a las entidades gestoras a su abono y absolviendo a la empresa demandada de todos los pedimentos en aquella contenidos".

En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

"Primero. - La actora, nacida el día NUM000/1958, y afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el núm. NUM001, presta servicios laborales para la empresa demandada "YURRITA E HIJOS S.A", con categoría profesional de Oficial 2ª.

Segundo. - Que la demandante ha estado ligada a la empresa demandada desde el 30/12/1996 mediante contratos fijos discontinuos que no se repetían en fechas ciertas, siendo el último de sus contratos de fecha 23/04/2019.

Tercero. - Que con anterioridad al 30/12/1996, la demandante estuvo ligada a la empresa asimismo mediante contratos temporales.

Cuarto. - Que en todos los periodos en los que la demandante trabajó para la empresa demandada, lo hizo a jornada completa, al igual que entre el 23/04/2019 y el 27/12/2020.

Quinto. - Que con fecha 28/12/2020 la demandante suscribe un contrato a tiempo parcial, del 20% de la jornada, asociado a la simultánea celebración por parte de la empresa de un contrato de relevo a tiempo completo y duración indefinida.

Sexto. - Que con fecha de efectos del 28/12/2020, la actora solicitó ante la Dirección Provincial del INSS de Gipuzkoa el reconocimiento de una pensión de jubilación parcial.

Séptimo. - Que el día 17/03/2021 el INSS dictó resolución, recibida por la demandante el día 24/03/21, denegando la pensión solicitada, por el siguiente motivo:

"POR NO PROCEDER DE UNA JORNADA A TIEMPO COMPLETO EN LA FECHA DEL HECHO CAUSANTE. REQUISITO EXIGIDO LEGALMENTE PARA ACCEDER A LA JUBILACIÓN PARCIAL A UNA EDAD INFERIOR Á LA ORDINARIA. SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LA NORMATIVA ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 27/2011 (RCL 2011, 1518, 1808) , DE 1 DE

AGOSTO, DE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN EL APARTADO 6 DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170) APROBADA POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, DE 30 DE OCTUBRE (BOE 31/10/15)."

Octavo. - Que contra dicha resolución la demandante formuló Reclamación Previa que fue desestimada por Resolución de 11/05/2021 por los siguientes motivos: "Primero. - Su relación laboral con la empresa "Yurrita e Hijos S.A." se inició el día 1 de agosto de 1973 mediante sucesivos contratos eventuales; pasando a partir del 30 de diciembre de 1996 y hasta el 27 de diciembre de 2020 a desempeñar contratos de trabajo, fija discontinua; cuyo tipo de contrato está regulado en el art. 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) (LCD (RCL 1991, 71) , aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo. Los trabajadores que realizan trabajos fijos discontinuos los que no se repiten en fechas ciertas no pueden acceder a la jubilación parcial ya que no es posible determinar la jornada exactamente realizada. Segundo.- La disposición transitoria cuarta.6 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015 y el art. 12.6 de la LET así como los arts. 9 y 10 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre (RCL 2002, 2746) por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial, establecerá que la trabajadora debe reducir su jornada de trabajo entre un 25% y un máximo del 80% cuando el trabajador relevista sea contratado a jornada completa y por tiempo indefinido.

Debido a que el contrato fijo discontinuo no permite determinar la jornada inicial que realizaba, no es posible conocer el porcentaje de reducción que se produce sobre la jornada realizada ni si esa reducción se encuentra dentro de los límites antes señalados.

Desde diciembre de 1996 hasta diciembre de 2020, al haber realizado esa modalidad de contrato, no es posible determinar su jornada de trabajo. "

Noveno. - Que la empresa codemandada figura en la "Relación de empresas afectadas por la Disposición Final 12ª de la Ley 27/2011 de agosto", publicada por el INSS.

Décimo. - Que la empresa celebró contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo con la trabajadora relevista.

Decimoprimer. - Que la base reguladora asciende a 1428,13€/mes con un porcentaje del 80% y fecha de efectos de 28/12/2020".

SEGUNDO. - La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS y de la TGSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La Sala de

Suplicación dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social frente a la sentencia de 13 de septiembre de 2021 (autos 283/21) dictada por el Juzgado de lo Social de Éibar en procedimiento sobre prestación instado por Mariola contra los recurrentes y Yurrita e Hijos S.A., debemos confirmar la resolución impugnada".

TERCERO. - Por el letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS y de la TGSS se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria, la sentencia núm. 246/2011, de 13 de junio, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares (r. 89/2011), así como se citan como infringidos: el art. 166.2 de la LGSS de 1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007 (actual art. 215 del TR de 2015) y la Disposición Adicional 7ª de la LGSS de 1994 (actual art. 245 del TR de 2015), en relación con los arts. 12 y 16 del ET y arts. 9 y 10 del Real Decreto (RD) 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como el art. 3.1 del Código Civil .

CUARTO. - Por providencia de esta Sala de 20 de abril de 2023, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

La parte recurrida, Dña. Mariola, impugna el recurso del INSS y la TGSS y alega en primer lugar que la sentencia alegada como contradictoria ha perdido su valor referencial, pues con posterioridad a la misma, la Sala de suplicación en cuestión cambió de doctrina, llegando a la conclusión contraria; cita a título de ejemplo la STSJ de las Islas Baleares núm. 129/2017, de 12 de abril, recurso de suplicación núm. 98/2017. En segundo lugar, en cuanto al fondo del asunto, aduce que la doctrina jurisprudencial que cita la parte recurrente es solo aplicable a los contratos fijos discontinuos que se repiten en fechas ciertas y que la doctrina judicial en la que se apoya, que es la de la sentencia referencial, está caduca, siendo que, múltiples sentencias de tribunales superiores de justicia consideran que si en el caso de un trabajador fijo-discontinuo no se pacta una jornada inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, se debe concluir que es a tiempo completo; y menciona a continuación sentencias diversas de Tribunales Superiores de Justicia.

QUINTO. - Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso es procedente.

SEXTO. - Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de diciembre de 2023, fecha que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si un trabajador fijo discontinuo, cuya actividad se desarrolla en fechas inciertas, puede acceder a la jubilación parcial, vinculada a un contrato de relevo.

La parte demandada, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) han formulado dicho recurso contra la sentencia núm. 990/2022, de 17 de mayo, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco, (r. 67/2022), que desestima el interpuesto por las gestoras, confirmando la de instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Éibar, de 13 de septiembre de 2021, en los autos 283/2021, que había declarado el derecho de la demandante a la pensión de jubilación parcial reclamada.

La sentencia recurrida recoge como hechos probados que la actora prestaba servicios como oficial de segunda, suscribiendo con la empresa demandada los contratos que refiere su vida laboral, en actividad fija discontinua en fechas no ciertas. El 28 de diciembre de 2018 suscribe con la empresa un contrato a tiempo parcial del 20% de jornada, asociado a un contrato de relevo indefinido y a tiempo completo. La demandante solicitó del INSS el reconocimiento de la pensión de jubilación parcial, asociada a contrato de relevo, lo que le fue denegado por la Entidad Gestora, por lo que presentó demanda en la que, tras exponer que su actividad era fija discontinua y que en las fechas inciertas en la que se prestaba la actividad lo hacía a tiempo completo, reclamaba el derecho prestacional que le había sido denegado. La demanda fue estimada por el Juzgado de lo Social y recurrida en suplicación por la Entidad Gestora.

La Sala de suplicación considera que:

"Ciertamente es que no es lo mismo trabajar a jornada completa durante los periodos de actividad laboral efectiva, que ser trabajador ordinario a jornada completa. Aun cuando el trabajador fijo-discontinuo tenga jornada completa, no trabaja todos los días del año, por lo que teóricamente podría ser considerado como trabajador a tiempo parcial. Pero teóricamente, puesto que no es eso lo que la Ley establece.

Sin duda la Seguridad Social se topa con un contrato a tiempo parcial de quien pretende jubilarse parcialmente, sin poder determinar cuál era su jornada de referencia, puesto que los periodos de actividad efectiva no se repetían en fechas ciertas; con lo cual no puede conocer si aquel contrato a tiempo parcial se adecuaba o no al porcentaje legal. Pero ese inconveniente no puede prevalecer frente al derecho a la jubilación parcial, de la cual legalmente no están excluidos los trabajadores fijos-discontinuos que trabajaban en fechas inciertas. Es decir, nos encontramos ante un problema de deficiente redacción legal o de defectuosa técnica legislativa; pero de ello no puede hacerse responsable al trabajador ni puede ser solucionado denegándole el derecho".

En el recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción expuesto anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste seleccionada, la núm. 246/2011, 13 junio, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares (r.89/2011).

La sentencia de contraste resuelve un supuesto en el que la trabajadora, que prestaba servicios como fija discontinua en fechas no ciertas, le fue denegada por la Entidad Gestora la pensión de jubilación parcial, vinculado a un contrato de relevo. Su demanda fue estimada en la instancia, pero la Sala de Suplicación revocó la sentencia y confirmó la resolución administrativa del INSS, aplicando doctrina de esta Sala IV, de 12 de abril de 2011 (rcud. 1872/2010).

En primer lugar, cabe afirmar que la sentencia de contraste resulta totalmente idónea como sentencia referencial sin que los argumentos vertidos por la parte recurrida al impugnar el recurso, consistentes en que ha existido un cambio de criterio en la referida Sala de las Islas Baleares, puedan asumirse para negar tal carácter. En efecto, la pérdida de valor referencial de las sentencias que se acogen a una doctrina que ha sido posteriormente modificada es aplicable a las dictadas por esta Sala IV, pero no puede predicarse en cambio de las pronunciadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. La razón de esta diferencia estriba en la circunstancia de que la pérdida del valor referencial motivada por el cambio de doctrina del Tribunal Supremo determina que el recurso carezca de contenido casacional, ya que entonces la doctrina de la recurrida se ajusta al nuevo criterio de la Sala IV. Desaparece en consecuencia la finalidad de esta clase de recurso, que no es otra que la de procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social (STS 25/11/2020, rcud.1673/2018), lo que no sucede cuando ese cambio de doctrina se produce en una sala de suplicación, pues en ese caso no existe todavía doctrina unificada a la que pudiera ajustarse, de manera que sigue siendo necesaria la labor unificadora que a este Tribunal compete.

En segundo lugar, entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios. Y esa identidad viene configurada por la condición que tienen las demandantes de uno y otro supuesto, como trabajadoras fijas discontinuas, que atienden una actividad que se ejecuta en fechas no ciertas. Igualmente, en ambos casos se interesa por la trabajadora el derecho a una pensión de jubilación parcial, vinculada a un contrato de relevo. Derecho prestacional que la sentencia recurrida le ha reconocido y la de contraste lo deniega, de modo que nos encontramos con pronunciamientos contradictorios sobre hechos, fundamentos y pretensiones que guardan similitud.

Es cierto que en la sentencia recurrida se recoge en sus hechos probados que en los periodos que se trabajaban se hacía a tiempo completo, pero ello resulta irrelevante en este caso porque, aunque los periodos trabajados abarquen jornadas completas, ello no altera el carácter fijo discontinuo del contrato.

SEGUNDO. - La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa en el que identifica como preceptos legales objeto del mismo, el art. 166.2 de la LGSS de 1994 , en la redacción dada por la Ley 40/2007 (actual art. 215 del TR de 2015) y la Disposición Adicional 7ª de la LGSS de 1994 (actual art. 245 del TR de 2015), en relación con los arts. 12 y 16 del ET, y arts. 9 y 10 del Real Decreto (RD) 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como el art. 3.1 del Código Civil.

Según alega la recurrente, en primer lugar, los trabajadores fijos discontinuos, cuya prestación de servicios no se repite en fechas ciertas no pueden ser considerados como trabajadores a tiempo completo como concluye la sentencia recurrida. Añade que esta Sala IV ha venido estableciendo que la condición de trabajador fijo discontinuo está configurada como una modalidad de contratación a tiempo parcial recordando a tal efecto la STS de 14 de julio de 2016, rcud. 3254/2015, que resalta la singularidad que en el ámbito de la seguridad social se ha dado al régimen del trabajo fijo discontinuo en relación con el ámbito laboral remitiéndose, también, a la exposición de motivos del RD 1131/2002 que así lo expresa. Cita a continuación el actual art. 245 de la LGSS de 2015 (anterior DA 7ª de la LGSS del año 1994), que abre la Sección 1ª del Capítulo XII dedicado a los trabajadores a tiempo parcial, que dispone que las reglas contenidas en esa sección se aplicarán a los trabajadores a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato fijo discontinuo del art. 12 y 16 del ET sin distinción alguna. Con base en todo ello, entiende que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que resuelve a su vez por remisión a la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala IV, de 12 de abril de 2011 (rcud. 1872/2020).

La controversia litigiosa se abordó en las sentencias núm. 606/2022, de 5 de julio (rcud. 605/2022), seguida por otras tres, las que tienen núm. 615/2022, 633/2022 y 641/2022, de 6, 7 y 12 de julio (rcud. 605/2020, 382/2020 y 507/2021, respectivamente), las que, por razones de seguridad jurídica, debemos mantener.

Así, en ellas señalábamos, en primer lugar, que esta Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de acceso a este tipo de jubilación parcial anticipada respecto de los trabajadores que, pudiendo ser considerados entonces como fijos discontinuos, prestaban servicios que se repetían en fechas ciertas. Y lo hizo negando la posibilidad de que pudieran acogerse a esa clase de jubilación, al no tratarse de trabajadores a tiempo completo, precisamente por su asimilación al contrato a tiempo parcial en cómputo anual - artículo 12 ET- (SSTS de 12 de abril de 2011, rcud. 1872/2010 y de 25 de junio de 2012, rcud. 2881/2011). La primera, se trataba de una limpiadora de un centro escolar que tenía una actividad durante el curso escolar, a tiempo completo, cesando en los servicios los meses de julio y agosto, siendo calificada su relación con fija-discontinua en actividad que se repite en fechas ciertas. A partir de un determinado momento su jornada se redujo en un 85% interesando la jubilación parcial, vinculado a contrato de relevo. Esta Sala consideró que, de conformidad con la nueva regulación, no se cumplía el requisito del art.

166.2 de la LGSS de 1994, al no ser la trabajadora fija discontinua, una trabajadora a tiempo completo. En igual sentido, la segunda, la STS de 25 de junio de 2012, rcud. 2881/2011, relativa a una ayudante de cocina en un centro escolar, que reproduce la doctrina de la anterior.

Luego, nos referimos a los fijos-discontinuos que no se repiten en fechas ciertas, así en la Sentencia núm. 606/2022, de 5 de julio, para decir que: "(...), los fijos discontinuos cuya actividad no se repite en fechas ciertas generalmente no se han asimilado, automáticamente, al tiempo parcial; es más, normativamente han sido considerados como fijos discontinuos los contratos concertados con tal carácter y que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen de actividad normal de la empresa (artículo 16.1 ET en la redacción anterior a la actualmente vigente).

Y es que lo que delimita la naturaleza de la relación no es el tiempo de trabajo al que se pueda someter el contrato de trabajo sino la actividad que con él se va a atender, que no comprende todas las jornadas de trabajo que existan en un año y que, además, será en fechas no ciertas y que debe cubrirse, necesariamente, mediante contrato fijo discontinuo", pero no obstante, también afirmamos que: "en el ámbito de la Seguridad Social el tratamiento a los trabajos fijos discontinuos es más específico".

En efecto, ello se puede comprobar en el mandato de la Disposición Adicional 7ª de la LGSS de 1994 que, según anunciaba el RD 1131/2002, 31 octubre, por el que se regulaba la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, en su Exposición de Motivos:

"En lo que se refiere a los contratos de trabajadores fijos-discontinuos, aunque, desde el ámbito laboral, la normativa diferencia entre quienes efectúan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de la actividad de la empresa, de aquéllos en los que no concorra la circunstancia de la repetición de los trabajos en fechas ciertas, atribuyendo a los primeros la calificación de trabajadores contratados a tiempo parcial, conceptualización que no se extiende respecto del segundo colectivo indicado, sin embargo la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido aprobado por RDL 1/1994, de 20 de junio, en la modificación introducida por la Ley 12/2001), determina la aplicación a todos ellos, en el ámbito de la Seguridad Social, de la normativa relativa a los trabajadores con contrato a tiempo parcial".

En ese orden de cosas, y a efectos de prestaciones de seguridad social, que es de lo que aquí se trata, debemos atenernos al contenido del art. 166 del TRLGSS de 1994, aplicable al caso de autos (actual art. 215), que regula la jubilación parcial.

Así es, no cuestionándose que la normativa aplicable al caso es la vigente con anterioridad a la reforma operada por la Ley 27/2011, resulta que el art. 166.2 de la LGSS de 1994, en la redacción que le dio la Ley 40/2007, en materia de jubilación parcial disponía lo siguiente:

"Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del ET, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos:

- a) Haber cumplido la edad de 61 años, o de 60 si se trata de los trabajadores a que se refiere la norma 2.ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.
- b) Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.
- c) Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 75 por ciento, o del 85 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y 30 años de cotización a la Seguridad Social, computados ambos en los términos previstos en las letras b) y d). Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable...".

La STS de 14 de julio de 2016, rcud. 3254/2015, aunque en relación con otra cuestión, ya reseñaba que, en el régimen jurídico de seguridad social, la figura del trabajo fijo discontinuo es regulado como una modalidad del contrato de trabajo a tiempo parcial, a diferencia del régimen laboral recogido en el ET. Y lo expresaba así:

"A los efectos que aquí interesan relativos a la aplicación de la normativa sobre Seguridad Social, no cabe duda de que el contrato de trabajo fijo discontinuo regulado en el artículo 15.8 ET (en la actualidad en el artículo 16 del vigente texto refundido del ET) es contemplado normativamente como una modalidad del genérico contrato a tiempo parcial, a pesar de que, laboralmente, se trata de una modalidad autónoma. Junto al contrato a tiempo parcial común u ordinario en el que el trabajo se realiza de forma constante y continuada ciertas horas al día o días a la semana o al mes e, incluso, al año, y al contrato de tiempo parcial del relevista en una jubilación, la normativa de Seguridad Social en algunos aspectos generales (artículo 245 del vigente texto refundido LGSS) o concretos (desempleo) incluye entre este tipo de contratos a tiempo parcial, aquellos cuyo tiempo de trabajo se realiza de modo intermitente a lo largo del año, bien en fechas ciertas, bien en fechas inciertas cual es el supuesto que nos ocupa. Por ello, la solución al supuesto que se plantea en este recurso debe hacerse teniendo en cuenta las normas que regulan los aspectos de afiliación, altas y bajas y cotización a la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial".

La normativa de Seguridad Social limita en consecuencia la posibilidad de la jubilación anticipada parcial a quienes presten servicio a tiempo completo, excluyendo de esta forma a los trabajadores que no reúnen tal condición. Esta previsión legal no estaba contemplada en el texto original del precepto. Fue introducida por la ya mencionada Ley 40/2007 de 4 de diciembre, expresando la voluntad del legislador de negar el acceso a la jubilación anticipada parcial a los trabajadores que no prestan servicio a tiempo completo, sin hacer en este caso distinción alguna entre los trabajadores a tiempo parcial y los fijos discontinuos.

Es verdad que el contrato fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas no es un contrato a tiempo parcial, según la regulación normativa anterior al RDL 32/2021, pero desde la perspectiva de la Seguridad Social, como se ha visto, no se trata de un trabajador a tiempo completo, por lo que debemos concluir que a estos efectos no se corresponde con un contrato de trabajo a tiempo completo, en la medida en que no se prestan servicios todos los días del año y se realiza una jornada de trabajo en cómputo anual inferior a la contemplada como ordinaria y a tiempo completo para dicha actividad. En fin, como concluimos en la Sentencia núm. 606/2022, de 5 de julio (rcud. 605/2020):

"En el ámbito de una medida excepcional cual es la jubilación parcial anticipada, ambos tipos de trabajos discontinuos, los que se repiten en fechas ciertas y los que no lo hacen porque su actividad es incierta, han sido asimilados por el legislador que los ha englobado en la categoría de trabajos que no se realizan a tiempo completo".

Debemos mencionar, asimismo, la Sentencia núm. 641/2022, de 12 de julio (rcud. 1881/2022), dictada por esta Sala IV por la que casamos y anulamos otra sentencia de la misma Sala de lo Social del País Vasco, dictada en el recurso 454/2020, precisamente el que menciona la sentencia ahora recurrida como refuerzo de su decisión. Como dijimos en ella:

"(...), la sentencia recurrida parte, en general, de que el contrato fijo discontinuo es un contrato distinto respecto de otras modalidades de contrataciones y no es un contrato a tiempo parcial, por mucho que a los que se repitan en fechas ciertas les sea de aplicación el régimen de aquel. Por tanto, entiende que si la actividad desplegada en el caso que resuelve se declara que lo es a tiempo completo ello permite el acceso a la jubilación parcial. Esta conclusión no se puede calificar como correcta, siendo tal la que contiene la sentencia de contraste por los argumentos que aquí vamos a exponer".

A la vista de la normativa expuesta y de la doctrina de esta Sala, volvemos a reiterar que la condición de trabajador a tiempo completo, al que se refiere la sentencia recurrida, atendiendo a que el hecho probado cuarto afirma que "en todos los períodos en los que la demandante trabajó para la empresa demandada, lo hizo a jornada completa", no puede identificarse con el concepto jurídico que figura en la regulación de la jubilación parcial con contrato de relevo. No se cuestiona la diversidad que la actividad fija discontinua pueda tener en el marco de la regulación del contrato de trabajo, en el que, claramente, el legislador estableció esa doble conceptualización del mismo. Pero aquí no estamos en el

régimen laboral de la relación del trabajador con un empleador, sino en la relación jurídica de seguridad social que se enmarca en otro contexto y que el legislador, claramente, ha querido establecer de forma distinta al régimen laboral. Y esa configuración de la protección no distingue entre trabajadores fijos discontinuos, sino que, a tales efectos, nos encontramos con un solo colectivo, no estableciéndose reglas diferentes entre ellos en atención a que su actividad lo sea en fechas ciertas o inciertas. Siendo ello así, la Sala ya ha venido señalando que la jubilación parcial está destinada a aquellos trabajadores que atienden una actividad a tiempo completo, pasando a desempeñar una actividad a tiempo parcial. El trabajador fijo discontinuo, en este ámbito de protección, no tiene encaje en la jubilación parcial al no atender un trabajo a tiempo completo.

Como recuerda la parte recurrente, el art. 166 de la LGSS de 1994, en su redacción inicial no exigía que el trabajador que pretendía acceder a la jubilación tuviera una relación de trabajo a tiempo completo, sin distinguir entonces nada en relación con las modalidades de fijos discontinuos. La referencia a la actividad a tiempo completo es una condición que se introdujo por la Ley 40/2007, seguramente como reacción a la jurisprudencia que había interpretado el anterior texto legal. Si, ya en la previsión legal de entonces, la relación de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos, cualquiera que fuera su forma de atender la actividad -fechas ciertas o inciertas- se equiparaba con los trabajadores a tiempo parcial, es indudable que la reforma de la ley de 2007 no podía entenderse como modificación que solo pudiera referirse a los trabajos fijos discontinuos de fechas ciertas y, con ello, se mantuviera la jubilación parcial para los que su actividad fuera para fecha inciertas cuando, insistimos, las previsiones en materia de seguridad de este colectivo no se ha regido por los criterios que el régimen normativo laboral había establecido.

El concepto a tiempo completo al que se refiere la LGSS y, en concreto, el art. 166.2 de la misma, viene referido a una actividad que se desarrolla en una jornada laboral ordinaria o continua. Así lo indica la Sentencia de esta Sala núm. 615/2022, de 6 de julio (rcud. 382/2020):

"lo que delimita la naturaleza de la relación no es el tiempo de trabajo al que se puede someter el contrato de trabajo, sino la actividad que con él se va a atender, que no comprende todas las jornadas de trabajo que existan en un año" y añadimos que: "una interpretación contraria no solo conduciría al absurdo, sino que, además, carecería de lógica y justificación. En efecto, en la mecánica de la diferenciación entre ambos tipos de trabajos discontinuos, podría ocurrir que un trabajo a tiempo parcial en cómputo anual de 10 meses cada año no podría acceder a la jubilación parcial anticipada, mientras que un fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas y que trabaja 3 meses al año, si podría acceder a tan excepcional jubilación".

La aplicación de la doctrina expuesta determina que la demandante no reúne todos los requisitos para causar derecho a la prestación de jubilación parcial que reclama, ya que no ha prestado servicios como trabajadora a tiempo completo.

TERCERO. - Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser estimado y, en consecuencia, procede casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, ha de estimarse el de tal clase interpuesto por la parte demandada y, con ello, revocar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, con desestimación de la demanda, absolviendo a las entidades gestoras de los pedimentos formulados en su contra.

Todo ello sin imposición de imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia núm. 990/2022, de 17 de mayo, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación núm. 67/2022.**
- 2. Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, revocar la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Éibar, en autos núm. 283/2021 y, en consecuencia, desestimar la demanda, absolviendo a las codemandadas de los pedimentos formulados en su contra.**
- 3. Sin imposición de costas.**

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.