

**XXXI JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL
TRABAJO Y RELACIONES LABORALES**

PONENCIA: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y PROTECCIÓN SOCIAL

**COMUNICACIÓN: “La aplicación del principio de no discriminación al modo de
cálculo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial”**

**Ferradans Caramés, Carmen
Prof.^a. Titular de Universidad
Departamento Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Cádiz**

INDICE:

- 1. Introducción**
- 2. Antecedentes**
- 3. El modo de cálculo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial: efectos de la STJUE de 22 de noviembre de 2012**
- 4. Conclusiones**

Abstract

En España la protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha sido objeto de varias reformas y de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, que, sin embargo, no han conseguido superar las inadaptaciones del sistema general de la Seguridad Social a esta modalidad contractual.

En la normativa española vigente se aplica el principio de proporcionalidad tanto a la cuantía de la base reguladora como al cálculo de los períodos de carencia. Las mayores dificultades han surgido en torno al cómputo de los períodos de carencia. En las reglas vigentes se aplica al mismo el principio de proporcionalidad, aunque modulado por la operatividad de una serie de reglas especiales y por un tratamiento diferenciado positivo. Sin embargo, el 22 de noviembre de 2012 se ha emitido sentencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que establece que la legislación española aplicable en materia de protección social a los trabajadores a tiempo parcial no es acorde al artículo 4 de la Directiva 79/7/CE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en lo que respecta a la fórmula de calcular los períodos de tiempo cotizados que permiten acreditar los períodos de carencia que dan derecho a una pensión contributiva. Ello, debe servir para abordar nuevamente la regulación de la protección social del contrato a tiempo parcial, en orden a procurar una mayor adaptación a su situación específica y corregir sus carencias.

1.- INTRODUCCIÓN

La protección social juega un rol esencial en la construcción, organización y equilibrio de las sociedades, siendo, por ello, primordial articular un dispositivo capaz de responder a la evolución del mundo del trabajo y a las nuevas necesidades merecedoras de protección¹.

La normativa que regula la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (en adelante TTP) ha sufrido una dilatada evolución y las sucesivas modificaciones realizadas han logrado con distinta intensidad una integración suficiente de estos trabajadores en los sistemas de protección social preexistentes². Se puede decir que paulatinamente se han ido adoptando medidas puntuales que pretenden mejorar la protección social de los TTP, imbuidas por un espíritu adaptador de los sistemas de protección social a la estructura actual del mercado de trabajo.

El marco regulador actualmente vigente en lo relativo a la protección social de los TTP está constituido por la Disposición Adicional 7ª del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el RD 1132/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Desde la importante reforma acometida sobre el trabajo a tiempo parcial en 1998 se anuncia que, dado que los TTP, habitualmente, tienen problemas para integrarse en los modelos contributivos construidos sobre el estándar del trabajo a tiempo completo, se van a introducir los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características de esta modalidad contractual. Correlativamente el RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre, y su complementario RD 144/1999, de 29 de enero, señalaron que iban a articular una reordenación de los principios básicos que deben regir esta materia, con el objeto de hacer compatibles el principio de contributividad, propio del sistema de Seguridad

¹ Vid Rosenvallon, P., *La nouvelle question sociale: repenser l'Etat providence*, Edition du seuil, 1995.

² Vid, al respecto, Desdentado Bonete, A y Tejerina Alonso, J.I., "Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social", *Tribuna Social*, nº 85, 1998, pág. 88 y ss.

Social, con los de igualdad y no discriminación, característicos del trabajo a tiempo parcial.

Sin embargo, en primer lugar nuestro Tribunal Constitucional, en 2004, y en segundo lugar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en 2012, vienen a afirmar que la normativa española sobre la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, en lo relativo al modo de cómputo de los períodos de carencia que permiten acceder a una prestación contributiva, es contraria al principio de no discriminación, lo que exige que el legislador, preferentemente tras su consenso con los agentes sociales, nuevamente deba abordar una reforma en esta materia.

2.- ANTECEDENTES

La determinación de cuáles son los períodos de cotizados que un trabajador debe acreditar para tener acceso a la acción protectora de la Seguridad Social, ha sido una de las cuestiones que mayor polémica ha suscitado en torno a la protección social de los TTP; ya que las intervenciones legales, reglamentarias y judiciales sobre esta cuestión han sido muchas y complejas. Es por ello, que a continuación se van a exponer, siquiera someramente, cuáles son los antecedentes de esta controvertida cuestión.

El punto de arranque³ se encuentra en el contenido de la Resolución de 1 de febrero de 1982, de la Subsecretaría para la Seguridad Social, por la que se dictaban normas en materia de afiliación y prestaciones económicas de Seguridad Social a los TTP, que introdujo una doble proporcionalidad, estableciendo ésta no sólo en las bases de cotización, sino también en el cómputo de los períodos de carencia. Con ello, se pasó de una situación en la que no se tenía en cuenta la especialidad del trabajo a tiempo parcial, al no preverse la proporcionalidad ni en las cotizaciones, a otra en la que el principio de proporcionalidad actuaba doblemente. No obstante, en el año 1985 se aprobó el RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrolló la Ley de protección por Desempleo y que en su artículo 3.4 estableció que el cómputo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial no sería proporcional al número de horas

³ Cfr. García Perrote Escarpín, I., “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, en AA.VV., Coordinadores Casas Baamonde, M.E., y Valdés Dal Ré, F., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 223.

trabajadas, sino que cada día sería un día computable, cualquiera que hubiera sido la duración de la jornada. Por lo tanto, surgió una contradicción, en lo relativo a la carencia, entre el criterio especial fijado por el reglamento regulador de la prestación de desempleo y el general establecido por la Resolución de 1982. De la interpretación de esta controversia dependía en muchas ocasiones el acceso efectivo a la protección social de los TTP y la cuestión fue objeto de una ardua discusión judicial.

El Tribunal Supremo⁴, en unificación de doctrina, se inclinó a favor del cómputo de la carencia por día cotizado e independientemente del número de horas trabajadas, por aplicación analógica del criterio previsto para el desempleo y en virtud de la insuficiencia del rango normativo de la Resolución de 1982⁵. El TS optó por esta interpretación porque consideró que el examen de la normativa objeto del litigio denotaba la ausencia de normas válidas que hubieran modificado para los TTP el régimen establecido por la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo. Ello es así, porque el TS mantuvo que la Resolución de febrero de 1982, que dispuso el principio de proporcionalidad para calcular los períodos de carencia, fue fruto de una autorización establecida en la disposición final 3ª del RD 1362/1981, y que por lo tanto no tenía carácter normativo, puesto que carecía de cobertura legal y reglamentaria para regular la fijación de los períodos de carencia⁶.

Sin embargo, la doctrina judicial señalada es corregida por el legislador, que reacciona ante la misma y revive la doble proporcionalidad⁷. Esta rectificación es introducida en tres normas de rango legal: el artículo 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, la Disposición Adicional 7ª.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, pro el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de

⁴ Cfr. STS de 26 de mayo de 1993, Ar. 6374.

⁵ Cfr. Sin ánimo de exhaustividad, STSJ Aragón, de 23 de junio de 1992, Ar. 3090; STSJ de Cataluña, de 26 de febrero de 1991, Ar. 1679; STSJ de Andalucía, de 2 de mayo de 1991, Ar. 3118; STSJ de la Comunidad Valenciana, de 2 de octubre de 1991, Ar. 5833 y STSJ de Cataluña, de 5 de junio de 1992, Ar. 3345.

⁶ Cfr. En este sentido lo dispuesto, entre otras, por STS de 18 de octubre de 1993, Ar. 7836; STS de diciembre de 1993, Ar. 9779; STS de 7 de marzo de 1994, Ar. 2544., que entienden que la voluntad normativa es que prevalezca el criterio consistente en que, para el cómputo del período de cotización exigible para causar derecho a la prestación, los días de trabajo en la jornada de trabajo reducida propia de los contratos a tiempo parcial sean computados como días cotizados a los efectos de alcanzar el período mínimo exigible para causar la prestación, incidiendo la menor cotización únicamente sobre la cuantía de la base de cotización y, subsiguientemente, sobre la reguladora.

⁷ Vid Lousada Arochena, J.F., "El cómputo de la carencia para las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial", Poder Judicial, núm. 43/44, 1994, pág. 295.

1994⁸ y el artículo 40 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas sociales, administrativas y del orden social, con el objeto de que no renazcan posibles controversias en torno a la suficiencia del rango normativo de la disposición implantadora.

Por lo tanto, la nueva normativa produce efectos más que proporcionales a los empleados sujetos a esta modalidad contractual y quiebra la doctrina judicial asentada en unificación de doctrina, girando de nuevo en torno al criterio introducido en la Resolución de 1982⁹.

Esta decisión legislativa fue objeto de críticas unánimes por parte de la doctrina, puesto que su operatividad dificultaba el acceso de los TTP a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social y provocaba la existencia de una doble proporcionalidad¹⁰. A *sensu* contrario, se abogaba por la persistencia del criterio introducido en el artículo 3.4 RD 625/1985, que después fue consolidado por la STS de 26 de mayo de 1993, según el cual cada día de trabajo debía considerarse un día cotizado, con independencia de cuál fuera la duración de la jornada realizada¹¹.

El criterio fijado en 1994, fuente de una amplia discusión, ha sido definitivamente anulado pro el Tribunal Constitucional. La STC a la que nos referimos

⁸ El artículo 4.3 in fine de la Ley 10/1994 establece lo siguiente “a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos”.

⁹ Vid Pedrajas Moreno, A., “El trabajo a tiempo parcial”, en AA.VV., Coordinador Valdés Dal Ré, F., *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 155.

¹⁰ Cfr. Lousada Arochena, J.F., “El cómputo de la carencia para las prestaciones de Seguridad Social...”, op.cit., pág. 294; Luelmo Millán, M.A., “El contrato a tiempo parcial: cotización y prestaciones”, *Actualidad Laboral*, tomo I, 1998, pág. 255; Luque Parra, M., “Contrato a tiempo parcial y pensión de jubilación: doble proporcionalidad y cómputo del día cotizado como criterios que distorsionan la lógica incentivadora de esta modalidad contractual”, *Relaciones Laborales*, nº 15/16, 1998, pág. 280.

¹¹ Aún cuando el ordenamiento jurídico vigente en 1994 era claro sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, algunos TSJ siguieron interpretando que el cómputo debía efectuarse por día cotizado, con independencia de las horas trabajadas, cuando el hecho causante de la prestación fuera anterior a la entrada en vigor de las normas citadas (el 1 de enero de 1994). Esta interpretación judicial se basaba en el hecho de que no debe realizarse un cómputo retroactivo desfavorable para las cotizaciones efectuadas con amparo en la normativa anterior, considerando que debe ser más determinante el momento de la cotización y, por ende, la normativa que en ese momento la regulaba o la doctrina judicial que la interpretaba. Finalmente, el TS (entre otras STS 7 de febrero de 1997, Ar. 1168; STS de 13 de febrero de 1997 Ar. 1264) declara sobre esta materia que el momento del hecho causante es el punto de referencia para determinar cuál es la normativa aplicable, siendo ésta operativa en relación a todas las cotizaciones efectuadas por el interesado, aunque sean de períodos anteriores a aquel día.

tiene su origen en una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el contenido del segundo párrafo del artículo 12.4 ET, versión 1994, y manifiesta que el principio de igualdad no sólo exige que una diferencia de trato – en este caso entre la protección social de los TTP y los trabajadores a tiempo completo-, resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esta diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida¹². El Alto tribunal entiende que no resulta contrario al artículo 14, a causa de la aplicación del principio contributivo que guía nuestro sistema de Seguridad Social, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. Sin embargo, a efectos del cómputo de los períodos de carencia, la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta conduce a un resultado desproporcionado, que puede dificultar sobremanera el acceso de los trabajadores a tiempo parcial al sistema contributivo de la Seguridad Social, resultando esa repercusión aún más gravosa en el caso de los trabajadores con amplios lapsos de vida laboral trabajados con una jornada parcial y en relación a las prestaciones que exigen períodos de cotización más extensos¹³.

A mayor abundamiento, el TC ha tomado en consideración la feminización que rodea esta modalidad contractual¹⁴, a través de evidencias estadísticas constatables, y refuerza su postura mediante la consideración de que con esta disposición legal se provoca una discriminación indirecta por razón de sexo. Por lo tanto, en la medida en la que atenta al artículo 14 CE, es declarada inconstitucional.

Tras los complejos antecedentes expuestos, se van a analizar las reglas que rigen el modo de cómputo de la carencia en los contratos a tiempo parcial, así como la repercusión que sobre las mismas puede tener el fallo de la sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012.

¹² Cfr. STC 253/2004, de 22 de diciembre, fundamento jurídico 5º, confirmada por STC 49 y 50/2005, de 14 de marzo.

¹³ Vid, con detenimiento, Fundamento Jurídico 6º de la STC 253/2004.

¹⁴ Según datos de la EPA en 2012, casi una de cada cuatro empleadas (23.6%) trabaja a tiempo parcial y, sin embargo, sólo un 6.7% de los hombres trabajan a tiempo parcial. En total, 638.000 hombres trabajan a tiempo parcial de 9.400.000 ocupados y 1.850.100 mujeres de 7.800.000 ocupadas.

3.- EL MODO DE CÁLCULO DE LOS PERÍODOS DE CARENCIA EN LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL: EFECTOS DE LA STJUE DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012

El Real Decreto Ley 15/1998 y, a posteriori, su complementario RD 144/1999¹⁵, introducen diversas disposiciones tendentes a la consecución de un objetivo de gran envergadura: el acceso efectivo de los TTP a la protección social, mediante la combinación de los principios de igualdad, proporcionalidad y contributividad, lo que es reiterado por el contenido del RD 1131/2002.

El artículo 3 RD 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, contiene una serie de reglas particulares cuya operatividad es limitada a este tipo de trabajadores. En primer lugar, se establece que la carencia exigida para acceder a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, resultará del cómputo de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias¹⁶, calculando su equivalente en días teóricos de cotización. Por lo tanto, se deberá computar la jornada efectivamente realizada, con el objeto de que todas las horas efectuadas repercutan a favor del trabajador.

En segundo lugar, el mismo artículo 3.1. in fine establece que *“a tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales”*. Al respecto se ha de valorar positivamente que se adopte una norma especial para el trabajo a tiempo parcial, que produce un específico tratamiento diferenciado, para intentar adaptar la norma general al mismo. Sin embargo, la regla podría ser aún más específica, si se hubiera individualizado el criterio señalado. El legislador, probablemente buscando una mayor seguridad jurídica, ha preferido tomar como punto de referencia la jornada máxima legal y no la jornada máxima del

¹⁵ Vid Panizo Robles, J.A., “Trabajo a tiempo parcial y protección social”, AA.VV., *Trabajo a tiempo parcial*, Francis Lefevre, Madrid, 1999, pág. 145.

¹⁶ Tras la reforma laboral de 2012, se permite que los trabajadores a tiempo parcial realicen horas extraordinarias con determinadas limitaciones. El artículo 12.4.c) establece que el número de horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones. Correlativamente, se debe interpretar que las horas extraordinarias serán contabilizadas a efectos de calcular el período de carencia.

trabajador a tiempo comparable o la establecida por el convenio colectivo aplicable¹⁷. Con ello, la opción elegida está desprovista de una mayor dosis de adaptación a la singularidad del caso concreto, lo que puede provocar que al TTP le sean computados un menor número de días teóricos¹⁸.

Además, los cálculos realizados por el legislador no son exactos, ya que mientras un trabajador a tiempo completo cotizará 365 días trabajando 225 (365 menos 30 de vacaciones, 14 festivos y 96 sábados y domingos), el TTP que trabaje 8 horas durante 225 días no cotizará los días señalados, sino 360¹⁹.

En cualquier caso, a pesar de que se ha procurado una mayor adecuación a las particularidades de los trabajos a tiempo parcial, la normativa perpetua la doble proporcionalidad preexistente. No obstante, la fórmula instaurada es modulada por la introducción de un tratamiento diferenciado positivo, que pretende atenuar los efectos perversos que derivan de una estricta proporcionalidad y que resulta acorde a la exposición de motivos del precedente RD 144/1999, que anunciaba que se debían de introducir los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características específicas de este tipo de trabajos. Nos referimos a lo dispuesto por el artículo 3.2 RD 1131/2002, que establece que, para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el número de días teóricos resultantes de la operación aritmética anterior será multiplicado por 1.5, siendo asimilada la fracción de día, en su caso, a un día completo.

La regla introducida, a modo de acción positiva, favorece la adquisición de la carencia necesaria en las pensiones que requieren la acreditación de unos mayores

¹⁷ Vid, en este sentido, cómo los criterios utilizados para delimitar al trabajador a tiempo parcial si han seguido un orden en el cual la jornada de referencia, en último extremo, será la establecida por el artículo 34 ET.

¹⁸ A modo de ejemplo, podemos señalar un supuesto de hecho en el que las horas efectivamente realizadas por el trabajador hayan ascendido a 780, siendo la jornada máxima establecida en el convenio colectivo aplicable de 1750 horas.

Si aplicamos el criterio implantado, las 780 horas serán divididas entre 5 y como resultado se obtendrán 156 días teóricos cotizados. Sin embargo, si traemos a colación el otro criterio señalado, deberíamos dividir en primer lugar 1750 entre los 365 días del año, lo que nos proporcionaría como equivalente diario la cantidad de 4.8. Y, a continuación, dividiríamos 780 entre 4.8, lo que nos proporcionaría un total de 163 días teóricos.

¹⁹ Cfr. Alarcón Caracuel, M.R., "Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial", Revista de Derecho Social, nº5, 1999, pág. 233. Por lo tanto, en lugar de ser 5 el equivalente diario de 1826 horas de trabajo, la cifra correcta hubiera sido 4.9.

períodos de cotización. Sin embargo, siendo admisible que su acción no sea extensible a las prestaciones que necesitan una carencia más reducida, como la incapacidad temporal o la maternidad, a la inversa, no es comprensible su inacción en las prestaciones por muerte y supervivencia, que en los supuestos de no alta requieren una carencia de quince años. En una primera aproximación a esta cuestión, a nuestro juicio, se detecta una importante deficiencia²⁰ que debería ser subsanada, ya que, a mayor abundamiento, no se ha seguido la línea de tendencia extendida en otras normas vigentes en nuestro sistema de Seguridad Social, tales como: el artículo 22 de la Orden de 13 de octubre de 2003, que regula la figura del convenio especial, señalando que la base de cotización a completar por un convenio especial simultáneo a un trabajo a tiempo parcial será la correspondiente a las situaciones y contingencias de jubilación, invalidez permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común o accidente no laboral y el artículo 4 RD 691/1991, de 12 de abril, sobre el cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social, que prescribe que su ámbito objetivo de actuación son las pensiones de jubilación, de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia.

El artículo 3.6 RD 1131/2002, a modo de cierre, se ocupa de precisar que, fruto de las operaciones anteriores, en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que resultaría de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo, lo que ocurrirá siempre que la jornada a tiempo parcial sea superior al 66.5% de la jornada máxima legal²¹.

Por lo tanto, en cuanto a la carencia genérica, las operaciones necesarias para calcular el número días teóricos cotizados serán las siguientes:

1. Se deberá determinar el número de horas de trabajo efectivamente efectuadas, lo que requerirá, en su caso, la conversión de los días en horas de trabajo, o del porcentaje de jornada fijado en el contrato en horas, puesto que éste es el módulo elegido²².

²⁰ Cfr. En este sentido, López Gandía, J., “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social...”, op.cit., pág. 239; García Perrote-Escartín, I., “La protección social de los...”, op.cit., pág. 237.

²¹ Si la jornada a tiempo parcial asciende al 66.5% de 1826 horas, el número de horas trabajadas al año será de 1214,2 que divididas entre 5, proporcionarán 243 días teóricos, los cuales, para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al ser multiplicados por el coeficiente corrector 1,5 arrojan un total de 365 días cotizados.

²² Por ejemplo, si un asalariado trabaja 402 horas al año, y sólo ha trabajado 91 días cuando sobreviene el hecho causante de una prestación, suponiendo que existe una distribución regular de la jornada de trabajo, deberemos dividir 402 entre 365, de lo que resultará el número de horas de trabajo diarias al año,

2. El número de horas cotizadas deberá incluir la parte proporcional de los descansos correspondientes, así como de vacaciones (en cuyo mes no existe trabajo, pero sí cotización y liquidación de cuotas).
3. El número de horas realizado se dividirá por cinco, lo que proporcionará de forma ordinaria el número de días teóricos computables.
4. Únicamente en los supuestos de pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el resultado anterior se multiplicará por 1.5.

Sobre la legalidad de la potencial penalización que conlleva la existencia de una doble proporcionalidad se puede traer a colación, en primer lugar, la STS de 28 de abril de 2000²³. La misma precisa que, de conformidad con el principio de asimilación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, en todo caso se debe producir un cómputo proporcional de los descansos semanales y festivos, las vacaciones y las pagas extraordinarias. Es decir, siendo los días teóricos un porcentaje de los días de trabajo de los trabajadores a tiempo completo, si se computan todos los conceptos señalados, tal y como se prevé por el artículo 3.1 del reglamento, la proporcionalidad introducida se considera válida por el Tribunal Supremo.

Y en segundo lugar, lo señalado por la STJUE, de 22 de noviembre de 2012. El litigio que da origen a esta sentencia se refiere a la solicitud de una pensión de jubilación por una trabajadora a tiempo parcial con una jornada muy reducida, concretamente de cuatro horas de trabajo a la semana, que había trabajado 18 años²⁴. En su demanda ante un juzgado de lo social de Barcelona, aduce que la Disposición Adicional 7ª LGSS vulnera el principio de igualdad, al exigir un mayor período de

concretamente 1,1, que multiplicadas por 91 proporcionan un total de 100, que divididas entre 5, arrojan un total de 21 días teóricos cotizados.

Cuando se fije un porcentaje de jornada, teniendo en cuenta que la jornada habitual asciende a 1826 horas de trabajo al año, las operaciones serán las siguientes:

- 22% de 1826=402 horas al año
- 402:5=81 días teóricos al año, que divididos entre 4, porque sólo se han trabajado 90 días del año, arrojan un total de 21 días teóricos.

²³ STS 28 de abril de 2000, sala de lo contencioso administrativo, Ar. 3823.

²⁴ En la situación fáctica de la demandante, el pago de cotizaciones durante 18 años al 10% de la jornada equivalen, según el sistema de cálculo instaurado, a un pago de cotizaciones durante un período de menos de 3 años, por lo que de mantenerse con un contrato a tiempo parcial de 4 horas a la semana, la trabajadora tendría que trabajar 100 años para acreditar la carencia mínima necesaria de 15 años que le permitiera el acceso a una pensión de jubilación de 112,93 euros al mes.

cotización al trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo, aún con el factor de corrección que supone la aplicación del coeficiente multiplicador 1.5, para acceder a una prestación que ya es proporcionalmente más reducida. Adicionalmente, la demandante alega que esta normativa supone una discriminación indirecta, al ser desarrollados los trabajos a tiempo parcial mayoritariamente por mujeres.

Ante estas circunstancias un juzgado de lo social de Barcelona planteó varias cuestiones prejudiciales. Las primeras sobre si se entiende que una pensión de jubilación contributiva como la regulada en el sistema español de Seguridad Social encaja en el concepto de condición de empleo a que se refiere la cláusula 4ª del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81 /CE²⁵, en el sentido de que esta opción permita interpretar que es contraria al Derecho Comunitario una norma nacional que, como consecuencia de la doble aplicación del principio “*pro rata temporis*”, exija a los trabajadores a tiempo parcial, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada. Y la última, como cuestión alternativa a las planteadas anteriormente, caso de que la pensión de jubilación contributiva española no se entendiera ni como condición de empleo ni como retribución, la posible existencia de una discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, de conformidad con lo indicado en el artículo 4 de la Directiva 79/7/CE²⁶, de modo que debe ser interpretado en el sentido de que impediría o se opondría a una norma nacional que, como consecuencia de la doble proporcionalidad instaurada, exija a los trabajadores a tiempo parcial (mayoritariamente mujeres), en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

²⁵ Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, sobre el trabajo a tiempo parcial, que contiene un Acuerdo marco consensuado por UNICE, CEEP y CES, principales interlocutores sociales a nivel europeo.

²⁶ Directiva 79/7/CE, de 19 diciembre, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Una pensión de jubilación contributiva como la contemplada en el sistema español de Seguridad Social, es una pensión que responde a consideraciones de orden social, deriva de un régimen legal, a cuya financiación contribuyen los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos, dependiendo menos de la relación de trabajo que vincula a trabajadores y empleadores que de consideraciones de política social²⁷. Por lo tanto, una pensión contributiva como la española, obligatoriamente aplicable a los trabajadores que cumplan los requisitos exigidos en la Ley, no puede ser asimilada a una retribución o a una condición de trabajo²⁸, en el sentido de que quede bajo el ámbito de aplicación de la cláusula 4ª del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE, el artículo 4 Directiva 2006/54/CE²⁹ y el artículo 157 del TFUE. En cambio dicha pensión sí que puede estar incluida bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CE, en cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3.1 de esta Directiva, la vejez.

Una vez aclarada la operatividad del artículo 4 Directiva 79/7/CE sobre el supuesto de hecho planteado, la sentencia se detiene a analizar la potencial existencia de una discriminación³⁰ indirecta en la normativa relativa al modo de cálculo de los períodos de carencia que permiten el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social para los trabajadores a tiempo parcial en España. Según el TJUE, la normativa controvertida, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, priva en la práctica a los TTP (más aún a los que durante bastante años desarrollan una jornada muy reducida) de toda posibilidad de obtener tal pensión, quedando, a su vez, estadísticamente acreditado que en España al menos el 80% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Por ello, el Alto Tribunal de Luxemburgo, afirma que tal normativa es contraria al artículo 4 Directiva 79/7/CE, a menos que esté justificada por factores objetivos, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, y a que el Estado miembro cuya legislación

²⁷ Cfr. STJUE, de 10 de junio de 2010, Bruno y otros.

²⁸ La STJUE precisa que las pensiones que pueden ser incluidas en el concepto de “Condiciones de empleo”, son aquellas que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, con exclusión de las pensiones legales de Seguridad Social, que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social.

²⁹ Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, Parlamento Europeo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo.

³⁰ Sobre este concepto vid Pérez del Río, *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, pág. 15. En este caso, de hecho se produce un trato aparentemente neutral a los TTP, mayoritariamente mujeres, mientras q de facto, existe un efecto perjudicial desproporcionado, una desigualdad de trato respecto a los trabajadores a tiempo completo.

se cuestiona pueda acreditar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin.

El INSS y el Gobierno español alegan que la exigencia de cumplir un determinado período de carencia para acceder a una prestación contributiva de la Seguridad Social, es esencial para garantizar el equilibrio financiero del sistema.

Ahora bien, si se excluye³¹ la posibilidad de que TTP con una jornada parcial muy reducida (como la del litigio principal que necesitaría cotizar 100 años para acceder a la pensión de jubilación) puedan acceder a una pensión contributiva como la de jubilación, debería justificarse de forma efectiva que esto es una medida necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo y que no existe otra medida menos gravosa para estos trabajadores que permita alcanzar dicho objetivo, lo que no ha ocurrido. A su vez, las medidas positivas introducidas en el ordenamiento jurídico español (esencialmente el coeficiente corrector) no son suficientes para salvaguardar la situación de determinados TTP, fundamentalmente los que tienen una jornada muy reducida.

Por todo ello, en el fallo de la sentencia publicada en noviembre de 2012 declara que *“el artículo 4 de la Directiva 79/7...debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los TTP , en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”*.

De forma correlativa a lo declarado por el TJUE, es necesario resaltar lo ya indicado por el Tribunal Constitucional, en sentencia de 22 de diciembre de 2004, que afirmó que la doble proporcionalidad (en la normativa enjuiciada en esta sentencia sin tener en cuenta las medidas correctoras introducidas en 1998) supone una proporcionalidad estricta y doble, que produce unos resultados desproporcionadamente

³¹ En este sentido informe del Gobierno belga y de la Comisión.

desventajosos para los TTP –ya que se les dificulta sobremanera su acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social- que puede implicar una discriminación indirecta por razón de sexo, en base a una evidencia estadística, la abrumadora presencia de mujeres entre los TTP. El Alto Tribunal español, al enjuiciar el asunto manifestó que con esta opción legislativa no se superaba el juicio de proporcionalidad exigido entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, viéndose reforzada esta posición por la vulneración del artículo 14 CE, desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de sexo.

Por lo tanto, la desigualdad entre TTP y trabajadores a tiempo completo, se convierte en supuestos como los señalados en discriminación, su cara más peyorativa, por no ofrecer más soporte visible que una minusvaloración de las funciones desempeñadas por el grupo segregado, los trabajadores a tiempo parcial. A mayor abundamiento, al estar el colectivo de los TTP integrado mayoritariamente por mujeres³², la irrazonabilidad del factor diferencial alegado se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación, que exige aún una más cuidadosa justificación.

Tras analizar la normativa vigente, la existencia de la doble proporcionalidad resaltada, y la doctrina emitida por el TJUE recientemente, las opciones posibles son varias:

- a) Disminuir los períodos de carencia genérica y aplicar el principio de proporcionalidad sólo en el cálculo de la base reguladora, es decir sólo sobre la cuantía de la prestación; al menos respecto a los trabajadores a tiempo parcial que no hubieran podido completar los períodos de carencia exigidos en cada caso.
- b) Utilizar criterios distintos al del tiempo de trabajo como vara de medir los requisitos de contributividad. Por ejemplo, se podría arbitrar una forma propia de computar la cotización de estos trabajadores, que no se basara exclusivamente en el cómputo del tiempo de trabajo, sino en el valor de lo aportado a lo largo de la carrera asegurativa, tal y como se ha hecho en algunos sistemas incluidos en el Régimen General de

³² Vid Ferradans Caramés, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 65 y ss.

la Seguridad Social con peculiaridades³³, en los que ante la dificultad de seguir y controlar el tiempo real de trabajo, el esfuerzo contributivo cuantitativo puede determinar el tiempo cotizado y no a la inversa.

- c) Permitir un tratamiento diferenciado positivo, cómo existe en algunos sistemas especiales³⁴, o establecer un coeficiente corrector más amplio que el previsto actualmente, con el objeto de beneficiar a los TTP.

4.- CONCLUSIONES

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha sufrido continuas reformas y ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales que, sin embargo, no han conseguido superar las inadaptaciones del sistema general de la Seguridad Social a esta modalidad contractual y han dificultado el acceso efectivo de los TTP a la protección social, esencialmente contributiva.

Las mayores dificultades han surgido en torno al cómputo de los períodos de carencia. En el período comprendido entre 1994 y 1998 se aplicó una normativa que imponía una doble proporcionalidad estricta, en la base reguladora y en los períodos de carencia, siendo declarada esta regulación, que va más allá del principio de contributividad, inconstitucional por el Tribunal Constitucional y fuente de una discriminación indirecta por razón de sexo (STC 253/2004, de 22 de diciembre).

En las reglas vigentes desde el año 1999, persiste la aplicación del principio de proporcionalidad en lo relativo a los períodos de carencia, aunque acompañado de la operatividad de una serie de reglas especiales y modulado por la introducción de un tratamiento diferenciado positivo. No obstante, esta regulación, a pesar de que corrige la proporcionalidad estricta, podría estar provista de una mayor adaptación a la situación específica de los TTP.

³³ Por ejemplo en el sistema de los toreros y los artistas.

³⁴ Por ejemplo en el sistema especial de Frutas, Hortalizas y Conservas, regulado en Orden de 30 de mayo de 1991, se prevé que a cada día o porción de día efectivo de trabajo se añadirá la parte proporcional de los días de vacaciones, festivos no recuperables y de descanso semanal que en cada caso corresponda y por los que se haya cotizado. A dicho fin cada día de trabajo se considerará como 1,33 días de cotización, cuando la actividad se desarrolle en jornal laboral de lunes a sábado, así como de 1,61 días cotizados cuando la actividad se realice en jornada laboral de lunes a viernes.

Adicionalmente, el TJUE, en sentencia emitida el 22 de noviembre de 2012, declara que la normativa española, aún previendo la aplicación, a modo de acción positiva, de un coeficiente corrector a las pensiones que requieren un mayor período de carencia, no es acorde al artículo 4 Directiva 79/7/CE, ya que exige a los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva con una cuantía proporcionalmente reducida según su jornada parcial. Correlativamente, el TJUE declara que la desigualdad entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo se convierte en este supuesto de hecho en una discriminación indirecta por razón de sexo, a menos que esté justificada por factores objetivos, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, y a que el Estado miembro cuya legislación se cuestiona pueda acreditar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin.

Consecuentemente, el legislador español, preferentemente junto a los agentes sociales, deberá abordar nuevamente la reforma de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, en orden a corregir las inadaptaciones y carencias detectadas.