



LAS PERSISTENTES INADAPTACIONES DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

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, han dificultado el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, esencialmente contributiva, y han generado cierta inseguridad jurídica a los afectados.

Las mayores dificultades han surgido en torno al cómputo de los períodos de carencia. Entre los años 1994 y 1998 se aplicó una normativa que imponía una doble proporcionalidad, en la base de reguladora y en los períodos de carencia. Esta regulación, que iba más allá del principio de contributividad, ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, en diciembre de 2004, inconstitucional y fuente de una discriminación indirecta por razón de género (siendo reiterado por las STC 49 y 50/2005, de 14 de marzo). En las reglas vigentes persiste la aplicación del principio de proporcionalidad en lo relativo a los períodos de carencia, aunque acompañada de la operatividad de una serie de reglas especiales y modulada por la introducción de un tratamiento diferenciado positivo. Esta regulación, a pesar de que corrige la proporcionalidad estricta, podría estar provista de una mayor adaptación a la situación específica de los trabajadores a tiempo parcial.

En las bases reguladoras de los subsidios y pensiones a que tienen acceso los trabajadores a tiempo parcial también se pueden detectar ciertas inadaptaciones, así como en lo relativo al sistema de integración de lagunas, las cuales deberían ser corregidas con el objeto de eludir los problemas técnicos que la normativa puede plantear.



ÍNDICE

1. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: UNA INSTITUCIÓN EN CONSTANTE CAMBIO
2. PERÍODOS DE CARENIA
 - 2.1. Antecedentes
 - 2.2. Carencia genérica
 - 2.3. Carencia Específica
 - 2.4. Reglas complementarias
3. BASE REGULADORA
 - 3.1. Subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad
 - 3.2. Pensiones
 - 3.2.1. Pensiones derivadas de contingencias comunes
 - 3.2.2. Pensiones derivadas de contingencias profesionales
 - 3.2.3. La base reguladora de la pensión de jubilación
 - 3.2.4. Cuantías máximas y mínimas de las pensiones
4. CONCLUSIONES

1. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: UNA INSTITUCIÓN EN CONSTANTE CAMBIO

Uno de los fines esenciales de la Seguridad Social es el mantenimiento de la seguridad económica de los trabajadores, contra los eventos que tienen por efecto el incremento de sus gastos y contra aquéllos que provocan que disminuya o desaparezca su capacidad para percibir ganancias. Este modelo de protección social responde a un esquema tradicional de empleo ¹, en el que la proliferación de nuevas fórmulas contractuales rompe la uniformidad preexistente.

Las modificaciones realizadas sobre los rasgos característicos de los asalariados condicionan su protección social y conllevan la inadecuación de los sistemas clásicos de Seguridad Social. Esto es así porque, habitualmente, el empleo denominado atípico resulta más frágil e inestable y, por ende, está rodeado de una mayor dosis de incertidumbre. Ello implica, normalmente, la disminución de los derechos de protección social, puesto que se disfrutan menos garantías y ventajas en un sistema cuyos principios de funcionamiento han sido concebidos para el trabajo estándar, sin prever adaptaciones a las especialidades que surgen al hilo de la extensión y consolidación de nuevas formas de empleo ².

Teniendo en cuenta que la protección social juega un rol esencial en la construcción, organización y equilibrio de las sociedades, no es con-

¹ LÓPEZ GANDÍA, J., «Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 17/18, 1998, pág. 251.

² GARCÍA ORTEGA, S., «La adaptación de la Seguridad Social contributiva al trabajo a tiempo parcial», *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, pág. 72.



veniente la ruptura de la misma, siendo primordial articular un dispositivo capaz de responder a la evolución del mundo del trabajo y a las nuevas necesidades merecedoras de protección.

En cualquier caso, la evolución de la protección social es muy lenta, procediendo más de remiendos que de verdaderas reformas. Este proceder tiene el riesgo de ser insuficiente y, por ello, se debe encontrar un medio para conciliar de forma satisfactoria la reestructuración del mercado de trabajo con el mantenimiento de los derechos originariamente asegurados por la protección social³.

En este punto, uno de los paradigmas a los que el sistema de protección social ha respondido sin una adecuada adaptación es el trabajo a tiempo parcial. La regulación de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial (en adelante TTP) ha sido objeto de numerosas reformas legislativas y resoluciones judiciales, de cuyo conjunto se puede extraer, sólo en los últimos años, una toma de conciencia de los problemas que surgen en torno a su cobertura social. Consecuentemente, se puede deducir que paulatinamente se han adoptado 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.

La normativa que regula la protección social de los 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 social⁴ preexistentes. La técnica legislativa seguida ha generado cierta inseguridad jurídica, ya que sin rigor sistemático se han adoptado modificaciones, a modo de parches, sobre esta materia en distintas normas de rango legal o reglamentario cuyo contenido específico en ocasiones no es la protección social de los TTP⁵.

³ Cfr. ROSANVALLON, P., *La nouvelle question sociale: repenser l'Etat providence*, Edition du seuil, 1995.

⁴ Vid. DESDENTADO BONETE, A., y TEJERINA ALONSO, J.I., «Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, pág. 89, que se plantea dos alternativas en torno a la integración de los TTP en los sistemas de protección social preexistentes, señalando los problemas que pueden surgir de cualquiera de ellas:

— La aplicación estricta del principio de proporcionalidad y con ello el surgimiento de unos derechos demasiado reducidos, y abocados a la protección asistencial.

— La aplicación del principio de igualdad y la concesión de ciertas medidas de acción positiva, mediante cotizaciones artificialmente altas que forman derechos artificiosamente elevados, y que pueden desincentivar el recurso de los empresarios a esta modalidad contractual.

⁵ Por ejemplo, tras la aprobación del RD 144/1999, se realizan diversas reformas de este tipo. El artículo 65 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General de Cotización, relativo al modo de cotizar de los TTP, es modificado por el artículo 2 del RD 1278/2000, de 30 de junio, relativo a la adaptación de determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas; así como a una nueva corrección del mismo



A consecuencia del este último efecto se aprobó el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Este reglamento deroga al precedente RD 144/1999, de 29 de enero, y tiene por objeto adaptar la regulación reglamentaria a las normas legales actualmente vigentes y producir una mayor seguridad jurídica que facilite la sistemática del ordenamiento de la Seguridad Social. Por lo tanto, el marco regulador actualmente vigente en esta materia está incluido fundamentalmente en la Disposición Adicional 7.^a 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 en el RD 1131/2002, de 31 de octubre.

La reglas especiales de la acción protectora de los TTP cubren a todas las contingencias, excepto la de desempleo, en la que será aplicable su normativa específica, así como a todos los expedientes por prestaciones acaecidos durante su vigencia, es decir, desde el 28 de noviembre de 2002 —fecha de entrada en vigor del RD 1131/2002—. No obstante las diferencias existentes entre el RD 144/1999 y el vigente en esta materia son escasas, por lo que hemos de entender que sus efectos se han desplegado ampliamente desde el 1 de marzo de 1999 —fecha de entrada en vigor del precepto reglamentario precedente—.

El principal objetivo perseguido es el acceso efectivo a la protección social⁶ y a lo largo de los siguientes epígrafes deberemos constatar si lo anunciado se ha logrado de forma efectiva o no, mediante el estudio de las normas que regulan los períodos carenciales y las bases reguladoras de las prestaciones derivadas de un trabajo a tiempo parcial.

2. PERÍODOS DE CARENCIA

La determinación de cuáles son los períodos cotizados que un trabajador debe acreditar para tener acceso a la acción protectora de la Seguridad

artículo y precisiones sobre los subsidios por maternidad y riesgo durante el embarazo a tiempo parcial en el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

⁶ Al hilo de la reforma de 1998, dado que los TTP, habitualmente, tienen problemas para integrarse en los modelos contributivos contruidos sobre el estándar del trabajo a tiempo completo, se anuncia que 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 RDL 15/1998, de 27 de noviembre y su complementario RD 144/1999, de 29 de enero, señalan que van 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 Social, con los de igualdad y no discriminación, característicos del trabajo a tiempo parcial.



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 materia 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, para a *posteriori* analizar las reglas vigentes.

2.1. Antecedentes

El punto de arranque de esta litigiosa materia 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 carencia⁷.

Por lo tanto, 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 (en adelante CTP) no sería proporcional al número de horas trabajadas, sino que cada día trabajado sería un día computable, cualquiera que hubiera sido la duración de la jornada⁸.

Consecuentemente 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 ac-

⁷ Cfr. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, 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.

⁸ El artículo Tercero de la Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social señalaba lo siguiente «A los efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen de que se trate, para causar derecho a las prestaciones, se computarán las horas o días efectivamente trabajados, siendo el número de días teóricos computables el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas entre el número de horas que constituyen la jornada habitual de la actividad de que se trate».

Mientras que el artículo 3.4 del RD 625/1985 establecía que «Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajador a tiempo parcial, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada».



ceso efectivo a la protección social de los TTP y la cuestión fue objeto de una ardua discusión jurisprudencial.

Así, la doctrina judicial se dividió entre las dos opciones expuestas:

- El 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 ⁹ de 1982.
- El cómputo por horas, en proporción a la jornada de trabajo efectuada ¹⁰.

La cuestión fue definitivamente zanjada a raíz de la intervención de la sala de lo Social del Tribunal Supremo que ¹¹, ante la contradicción existente, se inclinó en unificación de doctrina a favor de la primera postura reseñada.

El TS eligió esta opción 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 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, fue fruto de la autorización establecida en la disposición final tercera del RD 1362/1981, y que por lo tanto no tenía carácter normativo, ya que carecía de cobertura legal y reglamentaria para regular la fijación de los períodos de carencia.

En virtud de lo expuesto, se entiende 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 CTP sean contabilizados 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 de la reguladora ¹².

Sin embargo, la opción judicial señalada es corregida por el legislador, que reacciona ante la doctrina vigente y revive la doble proporciona-

⁹ 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 (Málaga), 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.

¹⁰ Cfr. STSJ de Madrid, de 10 de septiembre de 1991, Ar. 5246 y STSJ de Aragón, de 23 de junio de 1992, Ar. 3088.

¹¹ Cfr. STS de 26 de mayo de 1993, Ar. 6374.

¹² Cfr. En este mismo sentido STS de 18 de octubre de 1993, Ar.7836; STS de 13 de diciembre de 1993, Ar. 9779; STS de 7 de marzo de 1994, Ar. 2544 y STS de 25 de marzo de 1994, Ar. 2636.



lidad ¹³. La rectificación que se resalta es introducida en la Disposición Adicional 9.^a del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones y a posteriori es confirmado en tres normas de rango legal: el artículo 4.3 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo ¹⁴, la Disposición Adicional 7.^a2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, de 20 de junio de 1994 (TRLGSS) 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 y negativos 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 1982 ¹⁵. Ahora bien, algunos Tribunales Superiores de Justicia siguen interpretando que el cómputo se efectúe por día cotizado, con independencia de las horas trabajadas, cuando el hecho causante de la prestación es anterior a la entrada en vigor de las normas citadas (el 1 de enero de 1994) ¹⁶, e incluso cuando se produce ya vigente la regulación que aplica el principio de proporcionalidad ¹⁷.

Los pronunciamientos judiciales fundamentan su línea de tendencia 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. En caso contrario entienden que se podrían vulnerar los

¹³ Vid. LOUSADA AROCHENA, J.V., «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.

¹⁴ La Ley 10/1994 tiene su origen en el RD Ley 18/1993, de medidas urgentes para el fomento de la ocupación, y dispone en su artículo 4.3 in fine 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».

¹⁵ 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.

¹⁶ Vid. STSJ de Cataluña, de 22 de junio de 1994, Ar. 2597; STSJ de Cataluña, de 13 de septiembre de 1994, Ar. 3494; STSJ de Cataluña, de 29 de noviembre de 1994, Ar.4416; STSJ de Navarra, de 25 de abril de 1995, Ar. 1350 y STSJ de Castilla León (Valladolid), de 3 de enero de 1996, Ar. 48.

¹⁷ Cfr. STSJ de Castilla La Mancha, de 29 de mayo de 1996, Ar.1684; STSJ La Rioja, de 18 de mayo de 1995, Ar. 1796 y STSJ de Madrid, de 20 de enero de 1997, Ar. 83.



artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española (CE), al desplegar sus efectos una retroactividad restrictiva de derechos y tratar de modo desigual, en función de la fecha del hecho causante, a unos y otros trabajadores en relación con el valor de las cotizaciones realizadas al mismo tiempo.

No siendo unánime este proceder de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁸, debe zanjarse de nuevo el litigio el TS que¹⁹, en unificación de doctrina, se ocupa de dilucidar si la proporcionalidad, en los hechos causantes ulteriores al 1 de enero de 1994, es aplicable a todas las cotizaciones efectuadas o sólo a las posteriores a esta fecha. Al respecto el TS declara 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.

El criterio expuesto fue objeto de críticas unánimes por parte de la doctrina²⁰, 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 proporcionalidad, demasiado estricta para los intereses de los TTP²¹. A *sensu* contrario, se abogaba por la persistencia del criterio introducido en el artículo 3.4 del RD 625/1985, que después fue consolidado por la STS de 26 de mayo de 1993, según el cual cada día trabajado debía considerarse un día cotizado, con independencia de cuál fuera la duración de la jornada realizada.

No obstante, antes de abordar las peculiaridades inherentes a la vigente regulación de los períodos de carencia requeridos a los TTP para acceder a las distintas prestaciones, hay que subrayar que el criterio fijado en 1994,

¹⁸ Vid. la operatividad del principio de proporcionalidad para hechos causante posteriores al 1 de enero de 1994 en STSJ de Asturias, de 23 de febrero de 1996, Ar. 284 y STSJ del País Vasco, de 15 de marzo de 1996, Ar. 475.

¹⁹ Cfr. STS de 7 de febrero de 1997, Ar. 1168; STS de 13 de febrero de 1997, Ar. 1264; STS de 14 de febrero de 1997, Ar. 1350; STS de 30 de abril de 1997, Ar. 3558; STS de 28 de abril de 1997, Ar. 4224 y STS de 12 de mayo de 1997, Ar. 4229, que considera que debe tenerse en cuenta la fecha del hecho causante como momento de referencia para determinar cuál es la normativa aplicable, precisando que «no existe retroactividad, sino un principio de obligada observancia en la Seguridad Social, según el cual, se deben aplicar las normas a las prestaciones causadas durante su vigencia. No existiendo una infracción de la irretroactividad de las normas o de la seguridad jurídica, puesto que no se afectan a situaciones ni a derechos adquiridos».

²⁰ Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.V., «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*, núm. 15/16, 1998, pág. 280.

²¹ Vid. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., «La protección social de los trabajadores ...», *op. cit.*, pág. 226.



fuelle de una amplia discusión, ha sido definitivamente anulado por el TC. La STC a la que nos referimos tiene su origen en una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el contenido del segundo párrafo del artículo 12.4 del TRET, 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 (en adelante TTC)— 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 pretendida²².

El Alto Tribunal entiende que no resulta contrario al artículo 14, a raíz 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 TTC. Sin embargo, a efectos del cómputo de los períodos de carencia, la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta conduce a un resultado desproporcionado. A causa del mismo, se puede dificultar sobremanera el acceso de los TTP al sistema contributivo de la Seguridad Social, resultando esta 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 extensos²³.

A mayor abundamiento el TC toma en consideración la feminización que rodea a esta modalidad contractual, 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 de la CE, es declarada inconstitucional²⁴.

Otra cuestión queda por precisar sobre esta importante decisión jurisprudencial. El TC remite a los órganos judiciales *a quo* la integración de la eventual laguna que pudiera surgir por la anulación del segundo párrafo del artículo 12.4 del TRET, en la versión que estuvo vigente desde 1994 hasta noviembre de 1998. Por ello, cuando el hecho causante de un subsidio o pensión se hubiera producido en este intervalo temporal y fuera posible interponer alguna reclamación por no haber prescrito el derecho a

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

²³ Cfr. Con detenimiento el fundamento jurídico 6.º de la STC reseñada.

²⁴ Según el Fundamento Jurídico Segundo de la STC 49/2005, de 14 de marzo, «la eventual inconstitucionalidad de una ley podría plantearse a través de un recurso de amparo cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se reputa contrario a la Constitución».



ello, los órganos jurisdiccionales competentes deberán determinar el modo de cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones ²⁵.

Éstos, a nuestro juicio, deberán interpretar que en este lapso de tiempo la regla máxima aplicable es la introducida por la STS de 26 de mayo de 1993, es decir que a cada día trabajado corresponde un día cotizado a efectos de carencia, repercutiendo la menor cotización únicamente en la cuantía de la base de cotización y de la reguladora. Otra alternativa sería que intentaran reconstruir la doctrina existente sobre esta cuestión, optando por una postura intermedia entre la proporcionalidad estricta declarada inconstitucional y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

En cualquier caso, tras destacar las múltiples controversias que han surgido sobre los períodos de carencia exigidos a los TTP para acceder a las prestaciones, hay que subrayar que al hilo de la reforma laboral de 1997/98 se proclama que se debe procurar la mejora de la protección social de los TTP y, evidentemente, dados los antecedentes expuestos, uno de los puntos en los que se debe incidir de forma más importante es la modificación del modo de determinar los períodos de carencia, tanto genéricos como específicos. A mayor abundamiento, tras la adopción de las sentencias del TC 253/2004, de 22 de diciembre, 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo, recobra fuerza la necesidad de verificar si la normativa vigente en esta materia supera el filtro fijado en sede constitucional.

2.2. Carencia genérica

Tras este amplio preámbulo, el cambio insistentemente reclamado se produce en el RDL 15/1998 y, a posteriori, en su complementario RD 144/1999, que 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 ²⁶, lo cual es reiterado por el contenido del RD 1131/2002.

El artículo 3 del último precepto reglamentario mencionado, de forma similar a su precedente, contiene una serie de reglas particulares cuya

²⁵ Ello es así, porque como bien señala el TC «la modificación y posterior sustitución del precepto legal cuestionado no implica la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad considerada... puesto que en materia de derecho a las prestaciones de la Seguridad Social ha de estarse a la normativa aplicable a la fecha del hecho causante, sin que los cambios normativos posteriores afecten a la determinación de los requisitos para el acceso a una prestación cuyo hecho causante es anterior a esta modificación».

²⁶ Vid. PANIZO ROBLES, J.A., «Trabajo a tiempo parcial y protección social», AA.VV., *Trabajo a Tiempo Parcial*, Francis Lefevre, Madrid, 1999, pág. 145.



operatividad es limitada a los trabajos a tiempo parcial. 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 complementarias²⁷, calculando su equivalente en días teóricos de cotización. Por lo tanto, se deberá computar la jornada efectivamente realizada y no la pactada, 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, el tratamiento podría haber sido más beneficioso para los TTP, si se hubiera individualizado el criterio señalado. Nos referimos al hecho de que 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 trabajador a tiempo completo comparable o la establecida por el convenio colectivo aplicable²⁸. 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 teóricos²⁹.

Además, los cálculos realizados por el legislador no son exactos, ya que mientras un TTC 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 360³⁰.

²⁷ Vid. LÓPEZ GANDÍA, J., «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social tras las reformas de 1998», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pág. 237.

²⁸ Vid., en este sentido, como 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 del TRET.

²⁹ A modo de ejemplo, podemos contrastar 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 por el RD 144/1999 —y acogido por el RD 1131/2002—, 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.

³⁰ Cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 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.



En cualquier caso, a pesar de que se ha procurado una mayor adecuación a las particularidades de los trabajos a tiempo parcial, se ha de destacar que se ha perpetuado la doble proporcionalidad preexistente³¹. Sobre la licitud de esta potencial penalización hemos de traer a colación la STS de 28 de abril de 2000³², que se pronunció sobre esta cuestión, disponiendo que el criterio adoptado es adecuado mientras, de conformidad con el principio de asimilación a los TTC, se produzca el cómputo proporcional de los descansos semanales y festivos, las vacaciones y las pagas extraordinarias³³. Por lo tanto, siendo los días teóricos un porcentaje de los días de trabajo de los TTC, si se computan todos los conceptos señalados, tal y como se prevé en el artículo 3.1 del reglamento³⁴, la proporcionalidad introducida se considera válida por el Alto Tribunal. A nuestro juicio, el TS y el ejecutivo son poco receptivos a la problemática en la que están inmersos los TTP para acceder a la protección social contributiva, subyaciendo, además, a esta situación el riesgo de favorecer la existencia de una potencial discriminación indirecta por razón de género³⁵.

No obstante, la fórmula instaurada es modulada por la implantación 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 introducir los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características es-

³¹ Cfr. la Proposición de Ley sobre la modificación de la regulación de las relaciones de trabajo, presentada el 15 de marzo de 2002 por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, y rechazada en la sesión plenaria núm. 159, de 28 de mayo de 2002, que en su contenido sustantivo introduce una modificación del artículo 12 del TRET; concretamente en su párrafo 4 dispone que «a los efectos de determinar los períodos de carencia o de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de prestación por desempleo, cada día trabajado se computará como día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada», lo que supondría la desaparición de la antedicha proporcionalidad.

³² Ar.3823.

³³ Cfr. Fundamento Jurídico 3.º.

³⁴ Que dispone que el número de horas trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 anuales, teóricamente el máximo de la jornada legal.

³⁵ *Vid.* al respecto la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, así como la 86/378/CEE, del Consejo, de 11 de diciembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. Así como lo dispuesto por la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que entendió que la aplicación de un criterio de proporcionalidad estricta en esta materia provocaba la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, si bien entiende que la regulación vigente, que atenúa la operatividad del principio de proporcionalidad mediante diversas reglas correctoras, no es inconstitucional y tiende a facilitar el acceso de los TTP a las prestaciones de la Seguridad Social.



pecíficas de este tipo de trabajo. Nos referimos a lo dispuesto por el artículo 3.2 del RD 1131/2002 —idéntico al anterior precepto reglamentario—, 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 completo³⁶.

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 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 15 años de carencia. A nuestro juicio existe una deficiencia³⁷, 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 CTP 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 2 del 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 y de muerte y supervivencia.

Finalmente, el artículo 3.6 del RD 1131/2002 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 legal³⁸.

³⁶ Al respecto *vid.* ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Luces y sombras...», *op. cit.*, pág. 234, que considera que en lugar de 1,5 el coeficiente corrector debería haber sido 1,6, porque tras multiplicar 225 días de trabajo por 1,5 sólo se computarán 338 días teóricos, mientras que si se multiplican por 1,62 el resultado alcanza los 365 días.

³⁷ 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.

³⁸ En efecto, 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.



A modo de conclusión, en cuanto a la carencia genérica, las operaciones necesarias para calcular el número de 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 elegido³⁹.
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 día teóricos computables.
4. Únicamente en los supuestos de pensiones de jubilación e incapacidad permanente, el resultado anterior se multiplicará por 1,5.
5. En su caso, si no se reúne la carencia exigida para acceder a la prestación en cuestión, se deberán tener en cuenta los días cuota derivados de las pagas extraordinarias⁴⁰, de forma similar a lo que ocurre en los CTC⁴¹. Sobre esta último lo más favorable sería computarlos en cualquier caso, pero, de conformidad con el principio de igualdad entre los TTC y los TTP, la expuesta es la solución más correcta.

Una vez expuesta la normativa vigente, así como las cuestiones destacadas por las últimas sentencias del TC emitidas sobre esta materia, es necesario determinar si las carencias detectadas obligan a realizar alguna modificación legislativa o no⁴².

³⁹ 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, 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.

⁴⁰ Vid. NAVARRO GALLEL, C., «Los días-cuota y las horas-cuota a efectos del cómputo del período de carencia en los contratos a tiempo parcial», *Actualidad Laboral*, Tomo III, 1999, pág. 3819. Así como CASTILLA CASTILLA, A., «Contratos a tiempo parcial, contratos de relevo y contratos fijos discontinuos», *Información Laboral*, núm. 13, 1999, pág. 15.

⁴¹ Cfr. STS de 21 de septiembre de 1998, Ar. 7420 y STS de 28 de abril de 1999, Ar. 4652, que se refieren a los días cuotas, como días ficticios, correspondientes a las pagas extraordinarias por las que también se cotizó.

⁴² Vid. al respecto tras la emisión de la primera sentencia de diciembre de 2004, a favor de realizar modificaciones TÁRREGA POVEDA, J., «La inconstitucional penalización del trabajo



Las opciones posibles son varias ⁴³:

- a) Aplicar el principio de proporcionalidad sólo en el cálculo de la base reguladora, es decir sólo sobre la cuantía de la prestación.
- 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 hace en algunos sistemas especiales ⁴⁴, en los que ante la dificultad de seguir y controlar el tiempo real de trabajo, el esfuerzo contributivo cuantitativo es el que determina el tiempo cotizado y no a la inversa.
- c) Permitir la aplicación de un tratamiento diferenciado positivo, cómo existe en algunos sistemas especiales ⁴⁵, o de modo similar al coeficiente corrector 1.5 previsto actualmente para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, con el objeto de beneficiar a los TTP.

A nuestro juicio, la normativa vigente presenta aún algunas inadaptaciones que podrían ser corregidas, por ejemplo al computar las horas de trabajo y convertirlas en días teóricos de cotización se debería individualizar el criterio existente, fijando como punto de referencia la jornada del TTC comparable o la establecida en el convenio colectivo aplicable, y no a la jornada máxima legal. Adicionalmente, en cuanto al tratamiento diferencia-

a tiempo parcial», *Revista de Derecho Social*, núm. 28, 2004, pág. 144, y en contra GRACIA ALEGRÍA, G., «El cómputo de los períodos de cotización en el trabajo a tiempo parcial», *Tribuna Social*, núm. 172, 2005, pág. 53.

⁴³ Cfr., en este sentido ROQUETA BUJ, R., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, CES, Madrid, 2002, págs. 116 y 117.

⁴⁴ Por ejemplo, en el sistema de los toreros y los artistas. A estos efectos se podría tener presente que el RD 1131/2002, a efectos de encuadramiento y cotización, ha previsto reglas especiales para los trabajadores que realizan sus servicios de forma concentrada en determinados períodos de cada año, que son similares a algunos de los regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social, concretamente el de los artistas y toreros. Así, a estos trabajadores a tiempo parcial se les permite estar en alta durante todo el año, aun cuando existan períodos de inactividad superiores al mes, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad.

⁴⁵ Por ejemplo en el Sistema Especial de las 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 jornada laboral de lunes a sábado, así como 1.61 días cotizados cuando la actividad se realice en jornada laboral de lunes a viernes.



do positivo existentes con la aplicación del coeficiente corrector 1.5 a determinadas pensiones, debería extenderse el mismo a otras, como las de muerte y supervivencia, que en los supuestos de no alta requieren quince años de carencia, así como procurar, con la intención de evitar un efecto boomerang de esta medida, utilizar porcentajes correctores diversos, en función de variables que permitieran modular subjetiva y/u objetivamente la incentivación de esta modalidad contractual.

2.3. Carencia específica

En cuanto a los supuestos en los que para poder acceder a la acción protectora sea necesario acreditar no sólo unos determinados períodos cotizados, sino también que un período mínimo de éstos esté comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, el artículo 3.1, en su segundo párrafo, del RD 1131/2002 prescribe que *«este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente»*. A su vez, el precepto establece una excepción a esta regla, puesto que dispone que, para poder causar las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, no será operativo lo dispuesto con carácter general, sino que su carencia específica resultará del aplicar al período exigido legalmente la cantidad fijada como coeficiente corrector, es decir, 1,5.

A nuestro juicio, en un análisis casuístico se puede constatar que la regla general se presenta más adaptada al supuesto concreto, mientras la especial está desprovista de esta característica y puede irrogar un mayor perjuicio a los afectados que tengan una jornada muy reducida⁴⁶, lo que aconseja que en caso de que se lleve a cabo alguna modificación legislativa en esta materia, ésta sea una de las cuestiones a considerar.

En cuanto a la regla general señalada, hemos de valorar positivamente dos aspectos. Por un lado, su mayor adecuación al caso concreto, lo que es corroborado al fijar a la jornada habitual y no a la máxima legal como referente —al contrario de lo que ocurre con la carencia genérica—. Y, por otro, la supresión del requisito establecido por la Disposición Adicional 9.^a del

⁴⁶ Por ejemplo en el caso de la pensión de jubilación, el período de 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante en el que debe estar comprendido el período de carencia específico exigido, tras la aplicación del coeficiente 1,5, ascenderá de modo uniforme a 22 años y medio, fruto de multiplicar los 15 años por 1,5. Mientras que si se aplicara el criterio general a un supuesto en el que, por ejemplo, el trabajador realizara el 25% de la jornada habitual, el resultado sería distinto, puesto que el 75% de 15 años ascendería a 11,25 años, lo que propiciaría que los 15 años en los que se puede reunir la carencia específica fueran aumentados hasta 26 años y 92 días (fruto de sumar 15 años+11 años+ 92 días (0,25x365).



RD 2319/1993, de 29 de diciembre, según el cual, para que se pudiera aumentar, de modo proporcional a la disminución de jornada del TTP, el período en el que se debía cumplir la carencia cualificada, éste debía de acreditar una antigüedad de cinco años como TTP.

Después de destacar lo beneficioso, también se ha de hacer mención a determinadas dificultades que pueden surgir al hilo de los cálculos pertinentes.

En primer lugar, se ha de traer a colación la posibilidad más que frecuente de que el trabajador no mantenga durante mucho tiempo el mismo CTP o bien la misma duración de la jornada parcial. Ante el primer supuesto, para hallar el incremento proporcional del período en el que se tenga que reunir la carencia específica, se deberá promediar, año a año, la duración de la jornada de los distintos CTP que se hayan sucedido durante el preceptivo período anterior al hecho causante. Mientras que frente al segundo, deberá realizarse el promedio de la jornada realizada, año a año, para obtener el incremento definitivo⁴⁷. El módulo elegido para hallar estos cálculos es el año, y no otro, porque de este modo se pretenden reflejar de la forma más veraz posible las oscilaciones de jornada.

En segundo lugar, a consecuencia de lo advertido, se puede plantear otro problema, consistente en la identificación de la jornada habitual de referencia, que puede estar sujeta a fluctuaciones en los distintos años de trabajo y en los contratos que se suceden, complicando aún más las operaciones procedentes.

2.4. Reglas complementarias

El artículo 3 del RD 1131/2002, en sus párrafos 3,4 y 5, hace mención a un elenco de normas que a continuación se van a analizar.

En primer lugar, el párrafo 3.º del precepto citado determina que diversos supuestos de hecho en que las cotizaciones son satisfechas, aunque no se haya producido una prestación efectiva de servicios, tendrán la misma consideración, a efectos del cómputo de los períodos de carencia, que los períodos de trabajo anteriores. Concretamente se refiere a los períodos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y descanso por mater-

⁴⁷ A favor del promedio año a año CASTILLA CASTILLA, A., «Contratos a tiempo parcial...», *op. cit.*, pág. 20, y GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Novedades de la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RDL 15/1998 y en el RD 144/1999», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 18, 1999, pág. 175. Y, en contra, IGLESIAS CABERO, M., y MARÍN CORREA, J.M., *Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial*, Colex, Madrid, pág. 85, que consideran que las oscilaciones deberán ser promediadas mes a mes.



nidad durante los que perviva el CTP, así como a los de percepción de la prestación por desempleo, tras la suspensión o extinción de una relación laboral de este tipo. Ahora bien, el contenido sustantivo de la disposición, a pesar de haber sido modificada al hilo del RD 1131/2002 —añadiendo el supuesto de riesgo durante el embarazo—, debería incluir, además de los casos citados, diversas situaciones mencionadas en el artículo 68 del RGC, como la suscripción de un convenio especial, u otras que van surgiendo en el ordenamiento jurídico, como la hipótesis descrita en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴⁸, que previendo que la suspensión y extinción del contrato a instancias de la trabajadora por causa de violencia de género dará lugar a la concesión de una prestación de desempleo, prescribe que el tiempo de la pensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo ; así como precisar que la situación de desempleo asimilable a cotizada puede ser fruto de una prestación contributiva o asistencial⁴⁹.

En segundo lugar, el artículo 3.4 prescribe que *«el cómputo de los períodos que legalmente se asimilan a cotizados, que sucedan a períodos trabajados a tiempo parcial, se llevará a cabo de forma idéntica a la utilizada en relación con el último período trabajado»*. Al respecto, se ha de concretar que el supuesto previsto contempla diversas hipótesis, tales como: el primer año de la excedencia por cuidado de hijos o los períodos de incapacidad temporal que no hayan sido agotados⁵⁰.

En tercer lugar, el artículo 3.5 establece una excepción a la doctrina del TS⁵¹ y al contenido sustantivo del RD 691/1991, de 12 de abril, que, a sensu contrario del pluriempleo, dispone que en los supuestos de pluriactividad no se admitirá el cómputo recíproco de cotizaciones en períodos de trabajo superpuestos. La explicación de esta opción se encuentra en que de la pluriactividad deriva una duplicidad protectora, basada en una separación de cotizaciones, que se manifiesta en el devengo de dos pensiones cuando se cumplan los requisitos exigidos para ello.

⁴⁸ Cfr. Al respecto LOUSADA AROCHENA, J.F., «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2005, pág. 755.

⁴⁹ Cfr. al respecto la redacción dada al artículo 68 del RGC por la Disposición Final Segunda, Una, del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, que establece lo siguiente: «la obligación de cotizar continuará en las situaciones de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, maternidad y riesgo durante el embarazo, ..., convenio especial, desempleo contributivo y asistencial,...».

⁵⁰ Cfr. sobre esta posibilidad el artículo 124.2 del TRLGSS, y sobre los supuestos citados el artículo 180 b) del TRLGSS y el artículo 4.4 del RD 1799/1985, de 2 de octubre.



Esta posición judicial es perjudicial a los intereses de los TTP, que pueden tener grandes dificultades para totalizar los períodos de carencia en dos regímenes distintos. Atendiendo a esta singularidad, el artículo 3.5 del precepto reglamentario, a modo de *lex specialis*, ha introducido una disposición con un carácter *pro operario*, que permite la suma de los días teóricos cotizados por diversos contratos a tiempo parcial, tanto si son incardinables en una situación de pluriempleo, como si lo son en una de pluriactividad, pero únicamente en los casos en los que deba aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones. A esta última precisión nos responde el RD 691/1991, que en su artículo 4 señala que éste es operativo sobre las pensiones de jubilación, invalidez permanente y muerte y supervivencia⁵².

3. BASE REGULADORA

La determinación del montante de la base reguladora de las distintas prestaciones a las que pueden tener acceso los TTP, está condicionada por ciertas circunstancias que rodean al desarrollo de servicios con una jornada reducida. Entre éstas podemos citar, por su relevancia, la habitual mayor irregularidad de su carrera de seguro, dada su alta tasa de temporalidad, y la frecuente escasa entidad de su base de cotización. Esto, por consiguiente, propiciará la existencia de mayores vacíos de cotización y que la cuantía de la definitiva base reguladora ascienda a una cantidad, en ocasiones, casi irrisoria⁵³.

A su vez, se ha de destacar que las reglas delimitadoras de la base reguladora de las prestaciones que se reciben por los TTP han sido objeto de un cambio de orientación al hilo de la reforma de 1998/99, puesto que las anteriores, integradas en la Disposición Adicional 9.ª del RD 2317/1993⁵⁴, de 29 de diciembre, fueron derogadas por los RD 489/1998 y 144/1999.

⁵¹ Cfr. STS de 27 de septiembre de 1993, Ar. 7043.

⁵² Vid. en este sentido PURCALLA BONILLA, M.A., y RIVAS VALLEJO, M.P., *La contratación indefinida a tiempo parcial*, Praxis, Valencia, 2000, pág. 128.

⁵³ Cfr. PÉREZ DEL RÍO, T., «Mujer y protección social», *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, pág. 40, que denuncia que el importe de la pensión media femenina es un 38% inferior a la media masculina, lo que es respaldado por el contenido del informe 4/2000, del CES, de 26 de julio, que constata que el importe de la pensión media de las mujeres asciende a 55000 ptas (330,56 E), mientras que la de los hombres alcanza las 91000 ptas (546,92 E). Los datos expuestos son extrapolables a nuestro estudio, puesto que no podemos obviar el contexto feminizado que rodea al trabajo a tiempo parcial.

⁵⁴ La regla 4.ª de la Disposición Adicional 9.ª disponía lo siguiente:

«A efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones de que se trate, se aplicarán las siguientes reglas:



En efecto, el RD 144/1999, en sus artículos 4 a 7, introdujo la reglamentación que contribuyó a delimitar la base reguladora de los subsidios de incapacidad temporal y maternidad y de las pensiones, precisando un elenco de reglas específicas y remitiéndose, en el caso de las segundas, a que, en lo no previsto expresamente en el precepto reglamentario, se aplicaran las normas establecidas con carácter general para la determinación de la cuantía de las pensiones⁵⁵. Sucesivamente, el RD 1131/2002 ha recogido sustancialmente esta regulación, con pequeñas variaciones.

Por ello, a continuación se van a abordar las peculiaridades que rodean a la protección social de los TTP, en esta última fase de la acción protectora, con el objeto de detectar y estudiar las diversas cuestiones que se suscitan y distinguiendo, para mayor claridad, entre subsidios y pensiones.

3.1. Subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad

Los artículos 4,5 y 6 del RD 1131/2002 establecen las directrices por las que se ha de regir la determinación de la base reguladora de las contingencias de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad⁵⁶.

En lo que se refiere a la incapacidad temporal (en adelante IT) hemos de diferenciar tres supuestos de hecho: que el contrato de trabajo en el cual se produce la baja esté vigente, haya sido interrumpido o haya sido extinguido⁵⁷.

1.º Se tomará el período de cotización necesario para que resulte un período de días equivalente al establecido con carácter general para la prestación de que se trate.

2.º La base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización correspondientes al período a que se refiere la regla anterior entre el divisor que corresponda con carácter general, según la prestación de que se trate».

Añadiendo, en sus puntos 3 y 4 indicaciones sobre los casos en los que procedía la integración de lagunas y sobre las especialidades que rodean a la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal.

⁵⁵ Vid. PURCALLA BONILLA, M.A., y RIVAS VALLEJO, M.P., «La contratación indefinida...», *op. cit.*, pág. 154.

⁵⁶ En noviembre de 2005 ha sido presentado por el Gobierno a los interlocutores sociales un proyecto de reforma de la Seguridad Social. En el mismo se plantea la creación de un nuevo subsidio, el derivado de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia, con duración hasta los seis meses del niño. Caso de que sea definitivamente introducido en nuestro sistema de Seguridad Social, y dada la mayoría de mujeres empleadas con un trabajo a tiempo parcial, será necesario contemplar reglas que atiendan a las peculiaridades de los trabajos a tiempo parcial.

⁵⁷ Cfr. PANIZO ROBLES, J.A., «El trabajo a tiempo parcial...», *op. cit.*, pág. 148.



En la primera hipótesis, mediante el sistema de pago delegado, la base reguladora diaria será, de conformidad con el artículo 4.1.a) del RD 1131/2002, *«el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período»*. Su abono se producirá sólo los días en los que el trabajador debería haber prestados sus servicios de permanecer en alta, lo que pudo tener una fácil operatividad en el contexto de la reforma de 1998, pero no al hilo de la flexibilidad que dimana del vigente artículo 12.4.a) del TRET⁵⁸.

En la segunda, mediante el sistema de pago directo por la entidad gestora o, en su caso, colaboradora, al interrumpirse la actividad se recalculará la base reguladora diaria. En este caso, será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período y se abonará durante todos los días naturales en el que el interesado se encuentre en situación de IT.

Por lo tanto, el importe de la base reguladora diaria en su modalidad de pago delegado será mayor⁵⁹, al tenerse en cuenta sólo los días cotizados, pero únicamente se abonará algunos días, mientras que el correspondiente a la modalidad de pago directo será menor, al tenerse en cuenta los días naturales, pero se recibirá todos los días.

Asimismo, hay que traer a colación la posibilidad de que el trabajador ostente una antigüedad menor a los tres meses en la empresa, lo que propiciará que la base reguladora diaria a calcular tenga en cuenta el promedio de las bases de cotización acreditadas en el período de trabajo realizado, entre el número de días cotizados o naturales transcurridos, según corresponda la modalidad de pago delegado o directo. En ese supuesto, la prestación será abonada, correlativamente, sólo los días de trabajo efectivo o bien todos en los que persista la situación de IT.

En tercer lugar, al hilo del RD 1131/2002 se ha introducido el artículo 4.1.c), que contempla de forma singular la vicisitud de que durante una situación de incapacidad temporal se extinga el contrato de trabajo. En este caso, a modo de pago directo, el abono de la prestación deberá ser asumido

⁵⁸ El vigente artículo 12.4.a) del TRET prescribe que en el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución, no exigiendo una predeterminación tan minuciosa como la prevista al hilo de la reforma de 1998, que obligaba a precisar no sólo los extremos reseñados, sino los días concretos de trabajo de cada TTP.

⁵⁹ Cfr. CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J.V., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999, pág.165.



por la entidad gestora o, en su caso, por la colaboradora. No obstante, el supuesto difiere del anterior en la delimitación del importe debido, puesto que se precisa que la cuantía de la prestación será equivalente a la que correspondería por una de desempleo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 222 del TRLGSS ⁶⁰.

La novedad implantada puede tener unos efectos perjudiciales para el trabajador, en la medida en que la cuantía de la prestación por desempleo puede ser inferior a la debida cuando sobreviene una de incapacidad temporal. Según el artículo 211.2 del TRLGSS, y de forma similar para los TTC y los TTP, durante los primeros 180 días en que se cobre la prestación por desempleo su importe asciende al 70% de la base reguladora, y a partir del día 181 se reduce al 60%. Sin embargo, el montante de una prestación por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, asciende al 60% desde el cuarto día de baja hasta el vigésimo y al 75% del vigésimo primero en adelante, y en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional alcanza al 75% desde el día siguiente al de la baja médica ⁶¹.

Para completar los 180 días de cotización considerados para conceder esta prestación, a los TTP se les tomarán 30 días por mes con independencia de la forma en que se distribuya su jornada de trabajo. Con ello al promediar las bases de cotización, y hallar la base reguladora, existirán días de trabajo y no trabajo, lo que repercutirá en que la cuantía pueda ser menor.

Otra posibilidad que también puede surgir es que se mantenga el disfrute de la prestación por desempleo con posterioridad a la extinción de la incapacidad temporal. En este caso se entenderá como tiempo consumido de la prestación por desempleo, siempre que se reconozca, el transcurrido en situación de IT con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo (con anterioridad a la reforma del artículo 222 del TRLGSS existían dos prestaciones sucesivas, sin que se solaparan) ⁶².

⁶⁰ El tenor del precepto legal ha sido modificado al hilo de la Ley 24/2001, de 24 de diciembre, puesto que antes, aún extinguiéndose el contrato de trabajo, si se estaba percibiendo una prestación por incapacidad temporal su cuantía se correspondía con lo establecido para ésta y no para el desempleo.

⁶¹ Asimismo, hemos de entender que la remisión que el artículo 4.1.c) hace al artículo 222 del TRLGSS se extiende a lo relativo a su duración y, por ende, si al finalizar el disfrute de la prestación por incapacidad temporal el empleado tiene derecho a recibir la prestación de desempleo, se descontará del importe debido, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido, a partir de la fecha de extinción del contrato, en la situación de incapacidad temporal. Adicionalmente, el artículo 4.2 del RD 1131/2002 precisa, en lo relativo al período máximo de duración de la prestación por incapacidad temporal, que, en todo caso, su duración se realizará por referencia al número de días naturales de permanencia en la misma, y no de forma proporcional a la duración a la jornada de trabajo.

⁶² En este caso al fin de la IT, tras el alta médica, si el trabajador tiene derecho a la prestación por desempleo y la solicita se le reconocerá atendiendo a la situación en la que se



A la inversa hay que tener presente que es factible que tras la extinción del desempleo se mantenga la situación de incapacidad temporal. En este supuesto hay que diferenciar en función de si se trata de una IT que se ha causado como consecuencia de una recaída de otro proceso producido cuando estaba vigente el contrato de trabajo o no.

Si se trata de una IT nacida durante el desempleo y recaída de otra anterior, el artículo 222 del TRLGSS precisa que se debe tratar de una recaída de un proceso que se padeció durante la vigencia del contrato de trabajo — no durante la prestación por desempleo—. Entre la recaída y el proceso originario debe existir una separación temporal inferior a seis meses, desde el alta médica del primero y la baja del segundo, debiendo estar causados ambos por el mismo diagnóstico⁶³. En este supuesto el importe de la prestación será igual al que venía percibiéndose durante el desempleo, puesto que se aplicará el mismo porcentaje.

Y cuando la IT nace durante el desempleo y no se trata de una recaída de un proceso anterior, la prestación también continuará después de finalizar el desempleo. En este supuesto, sin embargo, en el cálculo de la prestación no se valora ni la base de cotización ni el porcentaje que se percibía durante el desempleo, sino que su importe se obtiene de aplicar el 75% al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Si se trata de un TTP se minora el 75% atendiendo al porcentaje de cotización que hubiera aplicado el Servicio Público de Empleo Estatal en el cálculo de la prestación por desempleo.

Adicionalmente, se ha de precisar que en el caso de los trabajadores fijos discontinuos asimilados a TTP, pueden surgir dudas sobre si la determinación de la base reguladora se hará de conformidad con la fórmula prevista para los supuestos en los que el contrato está vigente o interrumpido⁶⁴. Esto es así, porque a efectos de la Seguridad Social no existe una discontinuidad del contrato, sino que se mantiene el alta y la cotización del trabajador a lo largo de todo el año⁶⁵. No obstante, a nuestro juicio, cuando sobrevenga el hecho causante del que derive el reconocimiento de una pres-

encontraba en el momento de la extinción del contrato de trabajo. Se le reconocerá la prestación, pero con efecto del siguiente al de la extinción del contrato, entendiéndose consumido el período coincidente con la prestación de IT y procediéndose a abonar el período que quede por agotar de la duración reconocida del desempleo.

⁶³ Sobre el concepto de recaída ver el artículo 9 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 (BOE de 4 de noviembre).

⁶⁴ *Vid.* al respecto el criterio núm. 98/52 del Instituto Nacional de la Seguridad Social, relativo a las especialidades que dimanen de los subsidios de incapacidad temporal que deriven de contingencias comunes, cuando el sujeto causante es un trabajador fijo discontinuo.

⁶⁵ *Vid.* La Disposición Adicional 3.ª del RD 1131/2002.



tación de incapacidad temporal en el período de inactividad, el asalariado pasará estar en una situación asimilada al alta y la entidad gestora asumirá el pago directo de la prestación.

Por otra parte, los fijos discontinuos que quedan bajo el ámbito de actuación del artículo 15.8 del TRET, permanecen en alta, con el contrato vigente, durante los períodos de campaña, lo que conllevará la determinación de la base reguladora de una prestación de incapacidad temporal según el sistema de pago delegado. Mientras que en los períodos entre campañas, con el contrato interrumpido, sólo podrán acceder a la misma en la medida en la que se encuentren en una situación asimilada al alta ⁶⁶, delimitándose, en su caso, su base reguladora mediante el sistema de pago directo. Asimismo, hay de subrayar que es factible que durante una situación de incapacidad de temporal se extinga el contrato de trabajo fijo discontinuo, lo que implicará la aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.1.c) del reglamento de 2002, que se remite al artículo 222 del TRLGSS.

En cuanto a la base reguladora de la prestación por riesgo durante el embarazo, hemos de resaltar que las reglas previstas por el RD 144/1999 no contemplaban ninguna mención a esta contingencia, y la explicación es bien sencilla, pues en el momento de su aprobación, enero de 1999, todavía no existía como tal en nuestro sistema de Seguridad Social, siendo definitivamente introducida al hilo de la Ley 39/1999, de 6 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral. Tras esto, y ante la inexistencia de normas especiales, se entendió que su perfil era similar al de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y ⁶⁷, por ello, su regulación fue remitida a su normativa, que para los TTP se encontraba en el artículo 4 del RD 144/1999.

Sin embargo, tras comprobarse que concurrían una serie de carencias y disfuncionalidades por esta rápida asimilación, al hilo del RD 1251/2001 ⁶⁸, de 16 de noviembre, se aprobó una regulación específica sobre esta prestación, que contempló sus especialidades. Si se analiza su contenido sustantivo se puede señalar que su articulado tiene en cuenta determinadas singula-

⁶⁶ En la mayoría de las ocasiones esta situación asimilada al alta consistirá en el disfrute de una prestación por desempleo, vid, por ejemplo, STSJ de Murcia, de 16 de julio de 2001, Ar. 3303, Fundamento Jurídico 3.º.

⁶⁷ Cfr. PURCALLA BONILLA, M.A., y RIVAS VALLEJO, M.P., «La contratación indefinida...», *op. cit.*, pág.163.

⁶⁸ Vid. de forma amplia su contenido en MERCADER UGUINA, J., «Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo», *RL*, tomo I, 2002, págs. 1285 y ss. Además del artículo reseñado también podemos observar que el ejecutivo ha tenido presente al trabajo parcial cuando en el procedimiento que debe seguirse para la concesión de la prestación ante la entidad gestora, el empresario debe acreditar la cuantía de la base de cotización de la trabajadora correspondiente a los tres meses precedentes, y no al anterior a la suspensión.



ridades que dimanen de su disfrute por un TTP. Así, el artículo 17.4 remite la delimitación de la base reguladora diaria de este subsidio a las reglas que recogía el artículo 4.b) del RD 144/1999 para las situaciones de incapacidad temporal, en su modalidad de pago directo por la entidad gestora o colaboradora competente, precisando que los TTP recibirán el subsidio todos los días naturales en los que se mantenga la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Tras estas aclaraciones, el artículo 5 del RD 1131/2002, congruentemente, repite lo reseñado y prescribe que el acceso a esta prestación se regirá según lo dispuesto en el artículo 4.1.b) ⁶⁹ del mismo, reiterando lo establecido en el RD 1251/2001.

Por último, en lo que se refiere a los perfiles de la base reguladora de la prestación por maternidad, se ha de destacar una cualidad: su sustantividad propia, pues en momentos anteriores no existió. Al respecto, hay que precisar que los diversos preceptos que se han ocupado de delimitar tanto la base de cotización como la reguladora derivada de maternidad han fluctuado continuamente ⁷⁰ y que actualmente proporcionan una situación en la que la base de cotización no coincide con la reguladora —lo que sí ocurre en la prestación por incapacidad temporal—. Esto es así, porque la primera atiende al promedio de los tres meses de cotización anteriores a la contingencia y la segunda al del año anterior al hecho causante.

El alargamiento del período a tener en cuenta para determinar la cuantía de la base reguladora diaria de la prestación por maternidad tiene ventajas e inconvenientes. Por un lado puede reflejar de forma más veraz las oscilaciones de jornada y retribución, mientras que por otro puede provocar la existencia de mayores vacíos de cotización, dimanantes del mayor número de vicisitudes que pueden acaecer a lo largo del año y, por ende, dismi-

⁶⁹ La base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período, abonándose la prestación económica durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación protegida.

⁷⁰ Así, cuando la prestación por maternidad no tenía aún sustantividad propia, su configuración era similar a la prevista para la incapacidad temporal en la regla 4.ª de la Disposición Adicional 9.ª del RD 2317/1993, estableciéndose que la base reguladora diaria sería el resultado de dividir el importe total de la cotización del año anterior por el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período.

Posteriormente, al hilo del RD 489/1998, la base reguladora diaria fue el resultado de dividir el promedio de las bases de cotización acreditadas en los tres meses anteriores al hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en esos tres meses. Y, finalmente, el artículo 5 del RD 144/1999 estableció que la base reguladora diaria se obtendría tras dividir las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior al hecho causante entre 365.



nuir la cuantía de la base reguladora⁷¹. La ponderación de los pros y contras expuestos, a nuestro juicio, será eminentemente casuística, pero, en cualquier caso, no existe una justificación objetiva al hecho de que el período a promediar sea distinto entre los distintos subsidios. Es más, el período del año, a pesar de conllevar ciertos riesgos, resulta más correcto, a tenor del argumento ya expuesto, y en la medida en la que entronca con lo dispuesto por el artículo 34 del TRET, que establece que la duración de la jornada de trabajo debe ser promediada en cómputo anual, y el artículo 12 del TRET, que prescribe que la verificación de si existe una disminución de jornada constitutiva de un CTP debe ser realizada en un período de referencia de un año.

Finalmente, se debe puntualizar que, al igual que en los otros subsidios, si la antigüedad en la empresa es inferior, en este caso, al año, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan.

3.2. Pensiones

El RD 1131/2002, en sus artículos 7 y 8, determina la forma de hallar la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia, precisando que en lo no previsto expresamente se aplicarán las normas establecidas con carácter general para el cálculo de la cuantía de las pensiones.

Sobre esta cuestión el precepto reglamentario establece diversos tratamientos diferenciados para los TTP, distinguiendo entre las pensiones derivadas de contingencias comunes y de contingencias profesionales —tal y como ha ocurrido históricamente en nuestro sistema de Seguridad Social⁷²—.

3.2.1. Pensiones derivadas de contingencias comunes

El artículo 7.2 del RD 1131/2002 señala la única especialidad existente sobre esta materia, al prescribir que será factible integrar las lagunas de los períodos en los que no haya existido la obligación de cotizar, en las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivadas de enfermedad co-

⁷¹ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Novedades de la protección social...», *op. cit.*, pág. 184.

⁷² Que en sus inicios distinguía entre los seguros profesionales que cubrían riesgos profesionales, en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, y los seguros que cubrían riesgos comunes, por ejemplo el seguro de vejez aprobado en 1909.



mún o de accidente no laboral, estando o no en alta el trabajador⁷³. La singularidad aparece porque el precepto reglamentario precisa que la integración reseñada se producirá con la base mínima de cotización, de entre las aplicables en cada momento, que corresponda al número de horas contratadas en el momento en que se extinguió o interrumpió la obligación de cotizar.

En virtud de lo expuesto, surgen en torno a esta disposición diversos interrogantes a dilucidar. Así, de su dicción literal surge una primera duda, ¿cuáles son los vacíos susceptibles de integración?⁷⁴ La respuesta se encuentra en el artículo 7.2 in fine, que señala que serán los períodos entre temporadas o campañas de los trabajadores con contrato de trabajo fijo discontinuo, no considerándose lagunas de cotización las horas o días en que no se trabaja en razón de las interrupciones características de una prestación de servicios a tiempo parcial.

Lo anterior encuentra hoy un contexto legal alterado por la reforma laboral de 2001 y se ha de interpretar que el precepto transcrito se refiere tanto a los trabajadores fijos discontinuos periódicos asimilados a TTP —a pesar de que, según la normativa vigente, cotizan de forma ficticia todos los meses del año—, como a los trabajadores fijos discontinuos a los que les es aplicable el artículo 15.8 del TRET. Una vez aclarada esta cuestión, se ha de ponderar qué quiere decir el ejecutivo al prescribir que sólo serán colmados «*los períodos entre temporadas o campañas*»⁷⁵, puesto que al respecto podrían surgir varias posturas: las mensualidades completas comprendidas fuera de la campaña, o las incluidas fuera o dentro de la campaña. De la dicción literal del artículo 7.2 in fine se podría inferir la articulación de la segunda opción, que es más favorable, pero también se ha de tener en cuenta que con esta conclusión se crearía una diferenciación injustificada entre los TTP comunes, a los que no se les integran las lagunas derivadas de la variabilidad de su jornada, y los trabajadores fijos discontinuos, a los cuales se les integrarían en cualquier caso, por lo que resulta más correcta la primera opción expuesta.

Una segunda interrogante a dilucidar surge en torno al hecho de que la regla establecida para los TTC permite que la integración se produzca con la base mínima vigente para los trabajadores mayores de dieciocho

⁷³ El RD 144/1999, en su artículo 6.2 prescribía que en relación con las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común o accidente no laboral *no estando en alta*, la integración... Mientras que el precepto en vigor no distingue si el trabajador está en alta o no, de modo acorde a lo dispuesto por el artículo 140 del TRLGSS, y, por lo tanto, ampliando este derecho, inicialmente restringido, de los TTP.

⁷⁴ Vid. PANIZO ROBLES, J.A., «El Trabajo a tiempo parcial...», *op. cit.*, pág. 145.

⁷⁵ Vid. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., «La protección social de...», *op. cit.*, pág. 240.



años ⁷⁶, mientras que en lo relativo a los TTP el ejecutivo ha optado por la operatividad del principio de proporcionalidad y no por el de igualdad, que hubiera conllevado una solución similar a la prevista con carácter general. Al efecto, si se compara la situación de los TTP y los TTC se podría entender que no existe una justificación objetiva y razonable a la distinción efectuada, pues es lícito que la base reguladora correspondiente a los períodos trabajados sea reducida, de forma correlativa a la disminución proporcional de la retribución de cada asalariado ⁷⁷, pero no ocurre lo mismo cuando lo que concurre es un período en el no ha existido la obligación de cotizar porque no se ha trabajado. Sin embargo, con esta conclusión se habilitaría una situación en la que sería más beneficioso para un TTP, puesto que cotizará en mayor cuantía, permanecer desocupado que trabajar y esto es lo que se pretende evitar.

Finalmente, surge una tercera situación rodeada de ciertas dudas, que consiste en dilucidar cómo se debe determinar cuál es la base mínima de cotización, de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar. El supuesto no resulta baladí, ya que, a raíz de las irregularidades de la jornada reducida, su delimitación será una cuestión casi aleatoria, oscilando su cuantía en función del momento en que suceda el presupuesto de hecho habilitante de la integración ⁷⁸. Por ello, pueden aparecer diversas alternativas a la hora de precisar cuál debe ser esa base mínima: la de último mes de trabajo, la resultante del promedio de, por ejemplo, el último año de trabajo ⁷⁹, etc.

Ante esta disyuntiva, se ha de traer a colación y aceptar el criterio adoptado por el INSS ⁸⁰ que considera que lo dispuesto por el artículo 6.2 del

⁷⁶ Vid., al respecto, el artículo 140.4 del TRLGSS, relativo a la base reguladora de la pensión de invalidez permanente derivada de contingencias comunes y el artículo 162.1.2. del TRLGSS, relativo a la pensión de jubilación. Es más, al hilo de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, en los artículos reseñados no sólo se establece que serán integradas las lagunas derivadas de un mes en que no exista obligación de cotizar, siendo necesario para determinar la base reguladora de la pensión, con la base mínima reseñada, sino que también será operativa la misma cuando en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar sólo exista durante una parte del mismo. En este último caso procede la integración por la parte del mes en que no exista la obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada.

⁷⁷ Cfr. CASTILLA CASTILLA, A., «Trabajo a tiempo...», *op. cit.*, pág. 21.

⁷⁸ Vid. IGLESIAS CABERO, M., y MARÍN CORREA, J.M., «Comentario de urgencia...», *op. cit.*, pág. 95.

⁷⁹ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Novedades de la protección...», *op. cit.*, pág. 188.

⁸⁰ Cfr. La Resolución de la Dirección General del INSS, de 12 de abril de 2000, que precisa que el coeficiente medio de actividad señalado será el resultado de dividir la suma de los días teóricos de cotización comprendidos en el año anterior entre 365.



RD 144/1999 —actual 7.2 del RD 1131/2002—, debe reconducirse a una base obtenida de aplicar a la base mínima de cotización, de entre las vigentes en cada momento, el coeficiente medio de proporcionalidad correspondiente a lo trabajado el año anterior a la conclusión de la campaña. Este criterio pretende evitar eventuales tratamientos desiguales, que puedan surgir tras tomar en cuenta únicamente las últimas cotizaciones efectuadas, puesto que en caso contrario pueden concurrir diversos factores —la realización o no de horas complementarias, de jornadas variables—, que distorsionen la base resultante del último mes de trabajo.

3.2.2. *Pensiones derivadas de contingencias profesionales*

El artículo 7 del RD 1131/2002, en sus párrafos 3 y 4, precisa las singularidades que rodean la determinación de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, cuando sus beneficiarios sean los TTP. El precepto mencionado distingue al efecto entre la forma de calcular el salario diario y los complementos salariales, proporcionando diversas fórmulas que a continuación se van a analizar.

En cuanto al salario diario el artículo 7.3 dispone varias reglas que tienen en cuenta la heterogeneidad de la jornada a tiempo parcial y los diversos parámetros temporales en los que puede estar incardinada⁸¹. Este precepto establece que, cuando la jornada del trabajador sea irregular o variable, la cuantía del salario diario resultará de dividir entre siete o treinta la retribución semanal o mensual pactada, en función de la distribución de las horas de trabajo concretadas para cada uno de esos períodos.

Asimismo, a causa de las peculiaridades que rodean a los trabajos fijos discontinuos, se adopta una regla cuyos únicos destinatarios son estos asalariados, según la cual su salario diario será el que resulte de dividir entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo período. Con esta delimitación nuevamente se ha de reiterar lo ya resaltado en momentos anteriores, siendo necesario, de *lege ferenda*, la unificación de estos trabajadores y la adopción de un cuadro normativo homogéneo que contemple sus especialidades, pues tanto en materia laboral como de Seguridad Social no son pocas.

En lo que respecta a los complementos salariales, el artículo 7.4 introduce una serie de complejos cálculos para hallar su cuantía anual, que consisten en los siguientes pasos:

⁸¹ Vid. PANIZO ROBLES, J.A., y CRESPO MACÍAS, M., «Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: una relación en constante adaptación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 202, 2000, pág. 55.



- 1° Se deberá calcular la proporcionalidad existente entre la jornada habitual de la actividad y la individual pactada en el contrato de trabajo, debiendo ser expresada en un coeficiente.
- 2° El coeficiente de proporcionalidad hallado deberá ser aplicado a la jornada máxima legal, es decir, a 1826.
- 3° El resultado obtenido se multiplicará por el promedio anual de los complementos salariales percibidos por el trabajador, que correspondan al número de horas efectivamente trabajadas en ese período ⁸².

Después de estas operaciones aritméticas se obtendrá el salario diario, que, multiplicado por 365, proporcionará su importe anual y, a su vez, la cantidad a la que asciende la cuantía anual de los complementos salariales percibidos. En virtud de lo anterior, la adición de estos dos sumandos, si se divide por 12, proporcionará la cuantía mensual de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales para los TTP ⁸³.

En torno al proceso descrito existe una cuestión cuya interpretación no es pacífica, consistente en la delimitación de si la retribución obtenida por

⁸² A modo de ejemplo podemos partir de un supuesto de hecho en el que el salario mensual del trabajador ascienda a 480,81 E, recibiendo un complemento de productividad de 450,76 E al año, y no realizando horas complementarias.

En cuanto a su jornada de trabajo, tiene pactadas 20 horas de trabajo a la semana, que alcanzan las 1040 al año, siendo la jornada habitual de la actividad de 1750 horas, y la jornada máxima legal de 1826 horas.

Con estos datos vamos a proceder a calcular el importe del salario diario y los complementos salariales correspondientes a la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales.

A) En cuanto al salario diario, teniendo un salario mensual que asciende a 480,81 E, debemos dividirlo entre 30 para obtener un salario diario de 16,03 E.

B) En cuanto a los complementos salariales, es necesario realizar diversas operaciones, que sintetizamos del siguiente modo:

1° Debemos hallar la proporcionalidad existente entre la jornada del trabajador y la habitual del sector donde preste sus servicios, la cual vendrá determinada por el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, por la jornada máxima legal. En este caso siendo la jornada habitual de 1750 horas y la individual del trabajador de 1040 horas, el resultado que obtenemos es un porcentaje que asciende al 59,43%.

2° Obtenido el coeficiente de proporcionalidad lo aplicamos a la jornada máxima legal, $59,43\% \cdot 1826$, lo que arroja como resultado 1085,19.

3° Y, finalmente, el resultado de la operación anterior (1085,19) se multiplicará por el promedio anual de los complementos salariales percibidos. Para hallar este promedio deberemos dividir la cuantía de los complementos recibidos el año anterior entre el número de horas de trabajo efectivamente realizadas ($450,76/1040$), lo que nos proporciona como resultado 0,43, que multiplicado por 1085,19, arroja un total anual de 466,63E al año.

⁸³ Siguiendo con el ejemplo anterior, si multiplicamos 16,03 por 365, obtenemos un total de 5850,95 E al año, que sumados a los 466,63E de los complementos y dividido entre 12, arroja una base reguladora mensual de 526,47 E al mes ($5850,95+466,63/12=526,47$).



las horas complementarias debe ser computada como una fracción del salario diario o bien de los complementos salariales. A nuestro juicio, a pesar de que las horas complementarias son equiparadas a efectos de cotización a las horas ordinarias de trabajo y de que su retribución se compone, al igual que estas últimas, de salario base y de los complementos y partidas extrasalariales que se prevean, debe entenderse que las horas complementarias no forman parte del salario diario, y ser computadas, de forma similar a lo que ocurriría con una hora extraordinaria, como una parte de los complementos salariales⁸⁴.

Finalmente, se ha de resaltar que el complejo proceso que acabamos de describir puede ser dificultado, aún más, en el supuesto de que el hecho causante de la pensión sobrevenga cuando el trabajador tenga una antigüedad inferior a un año, puesto que en ese caso los cálculos enunciados deberán ser prorrateados y adaptados al período que corresponda.

3.2.3. *Base reguladora de la pensión de jubilación*

Es necesario realizar un análisis específico sobre la base reguladora de la pensión de jubilación, puesto que el artículo 8 del RD 1131/2002 extiende la operatividad del coeficiente corrector dispuesto, a efectos de hallar los períodos de carencia de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación⁸⁵.

Esta medida positiva debe ser acogida favorablemente, ya que pretende atenuar el mayor esfuerzo contributivo del que está provisto la pensión de jubilación desde 1997.

Adicionalmente, se debe destacar que al hilo de lo dispuesto por la Disposición Adicional 38.^a del TRLGSS, en redacción dada por el artículo undécimo de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, se ha introducido una posibilidad antes no prevista. Se podrán acumular los períodos superpuestos de cotización en régimen de pluriactividad, a efectos de determinar la base reguladora de las pensiones, cuando en uno de los regímenes cotizados no

⁸⁴ En este sentido, CASTILLA CASTILLA, A., «Contrato a tiempo parcial...», *op. cit.*, pág. 22, que manifiesta que la retribución derivada de la realización de un número determinado de horas complementarias debe ser computado como una parte de los complementos salariales.

⁸⁵ Así, de conformidad con esta regla, si un trabajador sumó 5000 días teóricos a lo largo de su vida laboral, multiplicados por 1,5, alcanzaría los 7500 días, que se corresponden con 21 años cotizados. Consecuentemente, podría acceder a la pensión de jubilación, al cumplir el período de carencia requerido y la cuantía de su pensión alcanzaría al 68 % de su base reguladora (el 50% por los primeros 15 años más el 18% de los siguiente seis años).



se tenga derecho a la pensión solicitada. En este supuesto, a los efectos de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación, para que pueda efectuarse la acumulación reseñada, será preciso que se acredite la permanencia en la pluriactividad durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante. En caso contrario, se acumulará la parte proporcional de las bases de cotización, que corresponda al tiempo realmente cotizado en régimen de pluriactividad dentro del período de diez años, y en la forma que determine el Ministerio de Trabajo —que aún está pendiente de ser fijada—.

3.2.4. *Cuantías máximas y mínimas de las pensiones*

La Ley de Presupuestos Generales del Estado fija con carácter anual el importe máximo y mínimo de las distintas pensiones previstas en el sistema de Seguridad Social, y su revalorización, de conformidad con lo establecido por el artículo 47 y siguientes del TRLGSS y, por ello, debemos plantearnos si cabe una aplicación proporcional de estos límites a los TTP⁸⁶.

Al respecto se debe precisar que el tope máximo tendrá una escasa virtualidad para los TTP, fuertemente condicionados por la escasa entidad de sus retribuciones, bases de cotización y, por ende, bases reguladoras. Por lo tanto, lo más probable es que su operatividad quede reducida a los supuestos de pluriempleo, en los que existe una totalización de las bases de cotización para propiciar una sola pensión a partir de una única base reguladora, que deberá respetar el límite dispuesto⁸⁷. En este mismo sentido, hemos de tener presente el supuesto excepcional introducido por la Disposición Adicional 38.º del TRLGSS. Ésta, cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, permite que las bases de cotización acreditadas en este último, en régimen de pluriactividad, puedan ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, a efectos

⁸⁶ Cfr. PURCALLA BONILLA, M.A., y RIVAS VALLEJO, M.P., «La contratación indefinida...», *op. cit.*, pág.177, que abogan por el hecho de que en este supuesto no sea operativo el principio de proporcionalidad.

⁸⁷ Cfr. sobre la base reguladora en los supuestos de pluriempleo el artículo 120 del TRLGSS, así como la STS de 24 de septiembre de 1993, Ar. 7043, que precisa que en las situaciones de pluriactividad no procederá la totalización de las bases de cotización efectuadas en distintos trabajos para dar lugar a una sola base reguladora y a una sola pensión, sino que cada trabajo propiciará una prestación en un régimen distinto; no obstante, lo anterior no impedirá que, ante la imposibilidad de acceder a las diversas pensiones posibles, se pueda efectuar un cómputo recíproco de las cotizaciones, pero sin sumar todas las bases de cotización a efectos de hallar una única base reguladora, puesto que se elegirá la de mayor cuantía entre todas.



de determinar la base reguladora de la misma, y sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.

En cuanto a los topes mínimos, a sensu contrario, su operatividad puede ser bastante extensa en torno a los TTP, pues habitualmente la cuantía de sus pensiones ni siquiera los alcanzarán y deberá ser completada por los complementos para mínimos previstos por el artículo 50 del TRLGSS.

Cuando nuestro sistema de protección social articula estos mecanismos pretende satisfacer las exigencias derivadas del artículo 50 de la CE, que proclama la suficiencia de las pensiones. Consecuentemente, si los límites dispuestos tienen por objeto proporcionar un nivel de ingresos aceptable a personas que han alcanzado la condición de pensionistas⁸⁸, y que, por la entidad de sus cotizaciones, no han logrado el tope mínimo, resultaría injustificado que a los TTP se les disminuyeran proporcionalmente las cuantías establecidas, puesto que su subsistencia en términos de dignidad sería puesta en entredicho, así como la solidaridad que debe acompañar al sistema contributivo de la Seguridad Social.

4. CONCLUSIONES

La protección social de los TTP 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, han dificultado el acceso efectivo de los TTP a la protección social, esencialmente contributiva, y han generado cierta inseguridad jurídica a los afectados.

Las mayores dificultades han surgido en torno al cómputo de los períodos de carencia, cuya regulación, actualmente, aún presenta ciertas inadaptaciones. La mayor desprotección de los TTP existió entre los años 1994 y 1998, en los cuales se aplicó una normativa que imponía una doble proporcionalidad, en la base de reguladora y en los períodos de carencia. Definitivamente esta perjudicial regulación, que va más allá del principio de contributividad, ha sido declarada por el TC, en diciembre de 2004, inconstitucional y fuente de una discriminación indirecta por razón de género (siendo reiterado por las STC 49 y 50/2005, de 14 de marzo).

⁸⁸ *Vid.* al respecto el Informe 4/2000 del Consejo Económico y Social, sobre la protección social de las mujeres, que resalta la escasa cuantía de las pensiones percibidas por las mujeres y el hecho de que casi un tercio de las pensionistas deben recibir complementos para mínimos, precisando que el número mayor de altas de pensiones con este complemento se da en el régimen especial de los empleados de hogar (53%), el cual se caracteriza por la alta intensidad de su feminización y por la inmensa presencia de servicios parciales.



En las reglas vigentes desde el año 1999, que han sido mantenidas por el precepto reglamentario vigente desde el año 2002, persiste la aplicación del principio de proporcionalidad en lo relativo a los períodos de carencia, aunque acompañada de la operatividad de una serie de reglas especiales y modulada por la introducción de un tratamiento diferenciado positivo. Esta regulación, a pesar de que corrige la proporcionalidad estricta, podría estar provista de una mayor adaptación a la situación específica de los TTP. Existen, esencialmente, dos cuestiones que deberían ser aún más singularizadas. La primera se refiere al modo de cómputo de las horas de trabajo y su conversión en días teóricos de cotización, puesto que el criterio vigente, de forma genérica, obliga a que se divida entre cinco, equivalente diario de 1826 horas de trabajo anuales, el número de horas de trabajo, ordinarias y complementarias, realizadas. De forma individualizada, debería fijarse como punto de referencia, en concordancia con la definición del trabajo a tiempo parcial, la jornada del TTC comparable o la establecida en el convenio colectivo aplicable. Y la segunda es la relativa a la aplicación, a modo de acción positiva, del coeficiente corrector 1.5 a las pensiones que requieren un mayor período carencial, las de jubilación e incapacidad permanente, puesto que entendemos que este tratamiento positivo también debería ser extendido a las prestaciones de muerte y supervivencia, que en los supuestos de no alta exigen 15 años de carencia y procurar la utilización porcentajes correctores diversos, en función de variables que permitieran modular subjetiva y/u objetivamente la incentivación de esta modalidad contractual.

Respecto a la base reguladora también se pueden detectar ciertas inadaptaciones. Aún teniendo sustantividad propia los distintos subsidios no se encuentra una justificación al hecho de que se diferencie el período anterior al hecho causante en el que se promedian las bases de cotización contabilizadas para hallar la cuantía de la base reguladora diaria —un año en la maternidad y tres meses en la incapacidad temporal y la suspensión por riesgo durante embarazo—. Un análisis casuístico arroja *pros* y *contras* sobre las dos opciones establecidas siendo, a nuestro juicio, el año el módulo de cálculo más correcto para todas las contingencias, puesto que refleja de forma más veraz las oscilaciones de jornada de trabajo y retribución. También sería necesario que se efectuaran cambios en el sistema de integración de lagunas, a fin de resolver los problemas técnicos que la normativa actual puede plantear.