

## **CÓMO DETERMINAR LOS PERIODOS DE COTIZACIÓN EN LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL**

*Comentarios a la Sentencia de 22 de diciembre de 2004  
dictada por la Sala 3ª del Tribunal Constitucional  
(Ponente: D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez)*

*Por Miriam López Ocampos.*

El pasado 22 de diciembre de 2004 el Tribunal Constitucional dictó sentencia resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad nº 2045/98 planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra. El Alto Tribunal declara inconstitucional y nulo el párrafo segundo del artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción que dicho artículo tenía conforme al Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo pero, aunque dicho párrafo hace ya algún tiempo que no está en vigor ya que fue modificado por el Real Decreto-Ley 15/1998 de 27 de noviembre de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad y trasladó la regulación del cálculo del periodo mínimo de cotización para causar derechos a las prestaciones de la Seguridad Social por parte de los trabajadores contratados a tiempo parcial a la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de la Seguridad Social, la cual se encuentra desarrollada actualmente en el Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Esta sentencia del Tribunal Constitucional resulta trascendente porque habrá un número de trabajadores afectados por tal nulidad si conforme al párrafo que ahora se deroga no pudieron acceder a pensiones o prestaciones de la Seguridad Social por no reunir el periodo de carencia exigido en ese momento; estos trabajadores podrán ver revisada la resolución denegatoria emitida en su día por el INSS al ser posible reabrir un procedimiento administrativo siempre y cuando no haya prescrito el derecho a ello.

La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra proviene de una demanda interpuesta en 1997 por una trabajadora contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social en reclamación del derecho a percibir prestación por incapacidad permanente. El INSS le había denegado la prestación por tener acreditados sólo 4.024 días cotizados cuando necesitaba reunir 4.045 días. La trabajadora, limpiadora de profesión, no alcanzaba los 4.045 días necesarios porque en los periodos trabajados con contrato a tiempo parcial, había cotizado por horas trabajadoras y no por días trabajados. Así, el Juzgado de lo Social, una vez celebrado juicio, y antes de dictar sentencia, planteó al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, por entender que el párrafo segundo del artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores violaba el artículo 14 de la Constitución, al establecer un trato diferente entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, en el cómputo del periodo de carencia para tener derecho a prestaciones sociales y por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo ya que, según la información facilitada por el

Instituto de la Mujer, los trabajadores a tiempo parcial son un colectivo predominantemente femenino.

Tras ser planteada la cuestión de inconstitucionalidad en 1998, el 22 de diciembre de 2004 el Tribunal Constitucional resuelve dicha cuestión en una sentencia que comprende nueve fundamentos de derecho que se podrían dividir en tres claros apartados, uno analiza la evolución legislativa de la regulación del contrato a tiempo parcial desde la perspectiva de su incidencia en la protección social, el segundo apartado se basaría en fundamentar la nulidad del párrafo en cuestión en la vulneración del principio de igualdad en la Ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución y el tercer y último apartado abordaría la otra duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social en cuanto a la vulneración, por parte del párrafo segundo del artículo 12.4 del E.T., del artículo 14 de la Constitución desde la perspectiva de la posible discriminación indirecta por razón de sexo.

En los fundamentos de derecho segundo a cuarto, el Tribunal Constitucional, examina el “primer apartado”, realizando un examen riguroso de la evolución de los requisitos de cotización para acceder a las prestaciones de Seguridad Social por los trabajadores contratados a tiempo parcial desde el artículo 12 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores hasta la actual regulación dada por el Real Decreto-Ley 15/1998 que priva de contenidos de Seguridad Social, que no laborales, al artículo 12 del ET pasando a la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social la nueva regulación que, mantiene el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas para determinar los periodos de cotización exigidos, pero atenuado mediante reglas correctoras, con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial. Así, se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientas veintiséis horas anuales (esto es, la duración máxima de la jornada anual según el art. 34.1 LET, excluidas las horas extraordinarias), de suerte que para acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, según ha quedado expuesto.

**En definitiva, para acceder a las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, hoy en día se parte de las horas efectivamente trabajadas, y se busca su equivalencia en días teóricos de cotización, dividiendo dicho número de horas entre cinco.**

Por otro lado, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Cuarto, el Tribunal Constitucional justifica, en cierta medida, las dudas de constitucionalidad planteadas, por la evolución tan significativa de la normativa del régimen jurídico de protección de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, en cuanto al cómputo de cotizaciones efectuadas.

Comienza el Fundamento de Derecho Quinto a analizar la primera duda de constitucionalidad planteada por el Juzgado. Se puede resumir la argumentación del Tribunal por el que reconoce la existencia de vulneración del artículo 14 de la Constitución en cuanto al Principio de Igualdad se refiere en los siguientes fragmentos extraídos de la Sentencia: *Pues bien, **si se examina con atención la norma cuestionada** resulta que en los términos estrictos en que la misma se establece, **para determinar los períodos de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones cuando existen períodos trabajados a tiempo parcial, conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios períodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial...**En efecto, no resulta contrario al art. 14 de la Constitución, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido)... Ahora bien, la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia. **De este modo no sólo se obtiene una pensión de cuantía inferior** cuando en la vida laboral existen períodos de trabajo a tiempo parcial (lo cual, se insiste, es constitucionalmente legítimo por responder al menor esfuerzo contributivo realizado), sino que se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el período de carencia requerido en cada caso... No en vano el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en la norma cuestionada, párrafo 2 del art. 12.4 del Estatuto de los trabajadores , **al introducir una nueva regulación en la materia, inspirada en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social.***

En cuanto al segundo motivo de duda constitucional planteada y que se correspondería con nuestro llamado "tercer apartado", **el Tribunal Constitucional**, tras analizar en profundidad, la existencia o no de la vulneración nuevamente del artículo 14 de la Constitución desde la perspectiva de la posible discriminación indirecta por razón de sexo, **concluye afirmando la existencia de dicha vulneración y para ello comienza explicando qué se entiende por discriminación indirecta por razón de sexo y, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea y numerosas**

Directivas Comunitarias de desarrollo establece que la discriminación indirecta es *“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”* (artículo 2.2 de la Directiva 76/2007 CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE). *La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.*

En el Fundamento de Derecho Octavo se analiza cómo dicha discriminación indirecta se da o no en la cuestión de inconstitucionalidad planteada que, en su momento, fue acompañada de una publicación del Instituto de la Mujer titulada “Las mujeres en cifras, 1997” en la cual figura una información estadística elaborada por dicho Instituto a partir de los datos de la encuesta de población activa, tercer trimestre de 1996 (Instituto Nacional de Estadística), en la cual figura una información estadística elaborada por dicho Instituto a partir de los datos de la encuesta de población activa, tercer trimestre de 1996 (Instituto Nacional de Estadística). **Consultadas publicaciones de años posteriores del Instituto de la Mujer resulta que en el primer trimestre del año 2004, según la encuesta de población activa, del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial las mujeres representaban el 81,94%.**

**Conforme establece la Sentencia: “Estos datos permiten concluir que, en efecto, el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino... para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 de la Constitución, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio.”**

A las objeciones planteadas tanto por el Fiscal General del Estado como por el Abogado del Estado sobre la no existencia de discriminación indirecta, el Tribunal responde argumentando que *el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca (como lo hace en la norma cuestionada) que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero lo que no aparece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación*

***ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del artículo 12.4 del E.T. en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.***

Destacar por otro lado el voto particular formulado por el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas que fundamenta su postura, por un lado en la duplicidad de regulaciones entre el párrafo anulado y la Disposición Adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, que mantendría su vigencia y por tanto su aplicación por parte de los tribunales de justicia. Por otro lado, el magistrado, dice que no se puede obviar la estructura del sistema de la Seguridad Social, su financiación, así el nivel de la asistencia y la mayor o menor dureza de los requisitos para alcanzar las prestaciones dependerán de las posibilidades económicas de que disponga en cada momento el Estado. Así dice textualmente:...*El requisito del período de cotización en cuanto exponente de una determinada carga contributiva mínima a un sistema de Seguridad Social de base contributiva, es un requisito, cuya racionalidad lógica y jurídica en el sistema parece irreprochable. Que para llenar el mismo período de cotización exigible, los tiempos de espera (computando estos tiempos de espera como tales, no como períodos de cotización) sean distintos, no es sino consecuencia de las distintas situaciones de partida. En definitiva, lo que hay es un tratamiento distinto de situaciones en sí diferentes...Pero ese tratamiento no me parece que suscite dificultades desde la óptica del principio constitucional de igualdad...La hipotética situación de desigualdad toma como parámetro de comparación no el «período de cotización», sino el tiempo de espera a lo largo del cual se ha ido produciendo la cotización. Pero creo que ese parámetro supone una distorsión del sentido legal del requisito, que se toma como canon del juicio. En definitiva, sólo sobre la base de la desnaturalización del sentido legal del «período de cotización» puede llegarse a afirmar, primero, la existencia de una situación de igualdad: la que se da entre los que durante un determinado lapso temporal cotizan sólo por unas horas, y los que en ese mismo lapso temporal cotizan por días; y después, y como derivado de ella, que existe el trato desigual...Todos los que, cotizando a jornada completa, no llegan, no obstante, a cubrir los períodos de carencia precisos para el devengo de determinadas prestaciones, «pierden» sus cotizaciones sin obtener contraprestación. Y ello, pese a que la suma de sus cotizaciones pueda ser mucho más elevada que la de quienes con las suyas sí llegan a cubrir dichos períodos, y a obtener prestaciones, que los primeros no alcanzan.*

Y termina argumentando...*Cuestionar la constitucionalidad de un requisito de la prestación (el «período de carencia»), partiendo de la distinta onerosidad del mismo en relación con situaciones asimismo distintas, me parece que es abrir una vía peligrosísima de desintegración del sistema.*

En cuanto a la discriminación indirecta por razón de sexo, el magistrado entiende que no debe sostenerse, pues, *...sí bien el punto de partida es la afectación mayoritaria a las mujeres, dato que no pongo en cuestión en este caso, no basta con ese solo dato para dar por sentada la discriminación, pues en toda esa normativa y jurisprudencia citada en la Sentencia, a la que desde aquí me remito, se incluye la salvedad de que la disposición, criterio o práctica cuestionadas pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.* Pero en el presente caso, según el Voto Particular, no ha quedado demostrada la falta de justificación.

Tras analizar la Sentencia podemos concluir que establece claramente la existencia de una desigualdad de trato a la hora de acceder a las prestaciones que ofrece nuestro sistema público de salud para los trabajadores a tiempo parcial comparándolos con los trabajadores a tiempo completo y que, por ello, aunque se seguirán tomando, como hasta ahora, el número de horas trabajadas, atenuadas por medio de la aplicación de los días teóricos de cotización no menos cierto es que, tras una larga andadura de vaivenes entre días u horas cotizados en contratos a tiempo parcial, finalmente se han fijado las bases para aclarar este asunto aunque también hay que añadir que esta sentencia deja una puerta abierta a la interpretación del principio de proporcionalidad.

**Algunos expertos señalan**, uniéndose a la tesis del Voto particular, que esta Sentencia abre algunas incertidumbres de cara al futuro: El argumento que el Tribunal Constitucional emplea fundamentalmente para declarar inconstitucional el párrafo segundo del artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores es una aplicación demasiado estricta del principio de proporcionalidad, pero este principio se encuentra enunciado en el artículo 124.2 de la Ley General de la Seguridad Social que señala que, en las prestaciones cuya concesión esté subordinada al cumplimiento de determinados periodos de cotización, solamente serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas por la ley, y la actual regulación de la protección de los trabajadores a tiempo parcial sigue partiendo del principio de proporcionalidad, si bien atenuándolo con algunos criterios correctores. La cuestión estriba en que **el Tribunal Constitucional no llega a decir que el principio de proporcionalidad sea inconstitucional, sino que se limita a decir que es inconstitucional su aplicación estricta, lo que abre la puerta a una valoración subjetiva** que permite reproducir la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la normativa actualmente vigente.

Miriam López Ocampos es Gerente de la  
Asociación Nacional de Abogados Laboralistas.