

EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL Y LA RELACION JURIDICA DE SEGURIDAD SOCIAL

por

Adrián González Martín

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Prof. Asociado Escuela Universitaria de Graduados Sociales de Alicante*

Sumario:

- I. Introducción: Objetivos de este trabajo.
- II. El sistema de cotización proporcional a la Seguridad Social.
 1. Los sujetos de la relación jurídica de la Seguridad Social.
 - 1.1. Alcance del término trabajador del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.
 - 1.2. Las relaciones laborales de carácter especial y el contrato de trabajo a tiempo parcial: Especial referencia al personal de alta dirección.
 - 1.3. Los socios de Cooperativas de Trabajo Asociado.
 - 1.4. Contratos a tiempo parcial con el cónyuge del empresario.
 - 1.5. Comuneros en Comunidades de Bienes.
 - 1.6. Socios de sociedades mercantiles.
 2. Requisitos para la obtención del beneficio del sistema de la cotización proporcional a la Seguridad Social: La forma en el contrato de trabajo a tiempo parcial.

III. Los derechos de los trabajadores con contrato a tiempo parcial en materia de prestaciones sociales.

1. Introducción.

2. Los derechos de los trabajadores con contratos a tiempo parcial en materia de prestaciones por desempleo.

2.1. Determinación de la cuantía de la prestación por desempleo de los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial.

2.2. Cálculo del período de carencia para causar derecho a la prestación por desempleo en los trabajadores con contrato a tiempo parcial.

3. Los derechos de los trabajadores con contratos a tiempo parcial en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

I. INTRODUCCION: OBJETIVOS DE ESTE TRABAJO

El llamado contrato a tiempo parcial, que se viene utilizando en gran medida desde hace tiempo en algunos países europeos, está adquiriendo también en España, aunque sea lentamente, idéntico nivel de importancia. Las cifras al respecto son significativas: Un 6% del total de contratos visados por el INEM en el año 1992 son de esta modalidad contractual (1). Más significativo aún es el avance en cifras globales desde el año 1984, fecha de la última regulación reglamentaria de este contrato, en que se efectuaron 47.665, pasando a ser en el año 1991 468.915 (2).

Por otra parte, aunque aún sigue siendo mayoritario en las cifras totales el porcentaje que se realiza con mujeres, el 65,9% en el año 1991, se está incrementando lenta pero progresivamente la utilización de esta modalidad contractual entre los hombres, de manera que ya no se puede decir, como señala el profesor JUAN MANUEL RAMIREZ MARTINEZ, citando al autor francés J.P. JALLADE (3), que la tipología del trabajador a tiempo parcial sea la de una mujer casada, con dos hijos, con un empleo relativamente mal pagado, poco cualificado y con escasas oportunidades de promoción, en una pequeña empresa del sector terciario no público.

(1) Fuente: Encuesta de Población Activa y estadísticas del Ministerio de Trabajo.

(2) Revista «Coyuntura Laboral», del Ministerio de Trabajo. Noviembre de 1992. n.º 36.

(3) «El Trabajo a Tiempo Parcial». Revista Derecho del Trabajo/Comentarios a las Leyes Laborales. Estatuto de los Trabajadores. Tomo III.

La reciente política de empleo del Gobierno español para salvar la actual crisis económica apuesta muy fuerte por este tipo de contratos, buscando, en palabras del Ministro de Economía y Hacienda, SR. SOLCHAGA, poner el volumen de estos contratos en las cifras que tienen en otros países europeos.

Para ello el Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero, de medidas urgentes sobre materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo (BOE 2-3-1993) extiende los beneficios a la contratación indefinida previstos en la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes de fomento del empleo y protección por desempleo, a los contratos a tiempo parcial por tiempo indefinido celebrados antes del 31 de diciembre de 1993, siempre que la jornada fijada en dichos contratos, computada en los términos establecidos en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores sea, al menos, igual al 50 por 100 de la jornada habitual en la actividad de que se trate. La mencionada Ley 22/1992 iba dirigida a jóvenes menores de 25 años, mayores de 45 años y mujeres desempleadas, estableciendo subvenciones económicas por cada contratación.

Es previsible, por tanto, que esta modalidad contractual adquiera un crecimiento progresivo más rápido que hasta la fecha y ocupe un porcentaje superior entre la totalidad de las modalidades de contratación existentes.

La importancia de la regulación de este tipo de contrato a partir del Estatuto de los Trabajadores radica en que contempla la posibilidad de que la cotización a la Seguridad Social y las demás aportaciones que se recaudan conjuntamente, se efectúe en razón a los días o las horas efectivamente trabajados. Este reconocimiento ha dado lugar a normas específicas de cotización a la Seguridad Social y ha generado problemas en su aplicación. También se han dictado normas específicas en relación con las prestaciones a los trabajadores, con los requisitos, períodos de carencia, sistemas de cálculo de la cuantía y otras materias, distintas a las de aquellos trabajadores cuya jornada es completa, o al menos cuya cotización a la Seguridad Social es como si trabajase la jornada ordinaria en su actividad.

Este trabajo pretende ser, no tanto un análisis completo, como un estudio de la problemática en materia de Seguridad Social que ha suscitado el contrato a tiempo parcial y la solución a los conflictos jurídicos que se ha ido dando desde la Jurisprudencia de los Tribunales en su papel de complemento de un ordenamiento jurídico, en este caso laboral, que siempre presenta limitaciones, lagunas y sombras.

II. EL SISTEMA DE COTIZACION PROPORCIONAL A LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Los sujetos de la relación jurídica de la Seguridad Social.

1.1. Alcance del término trabajador del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

La más reciente regulación legal del contrato a tiempo parcial tiene aparición en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, que en su redacción no establece limitación alguna respecto de a quién se podrá realizar este tipo de contrato: «El trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial ...». No obstante la disposición transitoria 3.^a del mismo Estatuto de los Trabajadores sí estableció una limitación al señalar que: «A efectos de lo dispuesto en los artículos 12 y 36.4, en tanto persistan las actuales circunstancias de empleo sólo pueden contratarse a tiempo parcial:

- Los trabajadores perceptores de prestación por desempleo.
- Los que hubieren agotado la percepción de dicha prestación, continuando en situación de desempleo.
- Los trabajadores agrarios que hubieren quedado en desempleo.
- Los jóvenes menores de 25 años».

El ámbito subjetivo se reseñó de igual manera en el Real Decreto 1445/1982, que vino a desarrollar, junto con otras, esta modalidad contractual.

Más adelante la Ley 32/1984, de 2 de agosto (BOE 4-8-1984), vino a derogar expresamente la disposición transitoria 3.^a del Estatuto de los Trabajadores y a dar una nueva redacción a su artículo 12, ampliando sin límite el ámbito subjetivo de aplicación de los contratos a tiempo parcial.

De esta manera algunos autores (4) consideran que, a partir de esa modificación, al no establecerse limitación alguna, podría ampliarse hasta supuestos específicos como el regulado en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, que contempla el derecho del trabajador que tenga a su cargo la guarda legal y el cuidado directo de un menor de 6 años o un dismi-

(4) JUAN MANUEL RAMIREZ MARTINEZ: «La reforma del Contrato de Trabajo a tiempo parcial». Revista Actualidad Laboral n.º 3. Noviembre de 1984.

nuido físico o psíquico, de reducir su jornada de trabajo entre un tercio y la mitad de la duración de aquella. Tal posibilidad, que supone una novación del contrato de trabajo, tendría que concretarse por escrito con el contenido que especifiquen las normas de desarrollo para poder beneficiarse del especial sistema de cotización proporcional a la Seguridad Social.

Ahora bien, el problema que se ha venido planteando es si el término «trabajador» empleado por el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores alcanza también a las relaciones laborales de carácter especial reguladas en el artículo 2.º del Estatuto de los Trabajadores: «El personal de alta dirección, las empleadas de hogar, penados en instituciones penitenciarias, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos y la de las personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas». Asimismo se han planteado dudas respecto de aquellas personas que, aunque se encuentren formando parte de una relación laboral ordinaria del artículo 1.º del Estatuto de los Trabajadores, tienen una vinculación familiar con el empresario que los ha contratado. Otro tanto ocurre en casos como los de los integrantes de Comunidades de Bienes o con los socios de sociedades mercantiles cuando a la vez reúnen la condición de asalariados de éstas y finalmente también con los socios de cooperativas de trabajo asociado. A todos ellos nos vamos a referir a continuación.

1.2. Las relaciones laborales de carácter especial y el contrato de trabajo a tiempo parcial: Especial referencia al personal de alta dirección.

Según la disposición adicional 2.ª del Estatuto de los Trabajadores, las relaciones laborales recogidas en el artículo 2.º, tendrían sus normas específicas, su régimen jurídico propio, por ello se plantea si les son de aplicación el artículo 12 y sus normas de desarrollo reglamentario, es decir, si podrían verse beneficiados de la cotización proporcional a la Seguridad Social. Celebrar este tipo de contratos sin este beneficio es perfectamente posible ya que no hay norma de carácter general que lo limite, ni a las relaciones de carácter especial ni a las ordinarias del artículo 1.º del Estatuto de los Trabajadores.

Para abordar este planteamiento tenemos que analizar el reglamento regulador de cada una de las relaciones especiales, y siendo diferentes entre sí requieren un examen separado.

a) Servicio del hogar familiar.

El régimen jurídico de esta relación laboral se regula en el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto. Aunque esta norma no contempla expresamente la posibilidad de celebrarse contratos a tiempo parcial con esa específica denominación, sí que puede deducirse de distintos preceptos de la misma:

- Artículo 4.1: «El contrato de trabajo podrá celebrarse, cualquiera que sea su modalidad o duración, por escrito o de palabra».
- Artículo 4.2: «En defecto de pacto escrito en el que se optare por alguna de las modalidades o duraciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores ...».

Ambas referencias a las distintas modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores, sin exclusión de ninguna de ellas, ha de hacernos concluir que es posible la contratación y en consecuencia la cotización reducida y proporcional al salario realmente percibido.

b) Reclusos en instituciones penitenciarias.

Tampoco en este caso parece que haya impedimento alguno como se desprende, no expresamente, pero sí por deducción de diversos preceptos de la Ley Orgánica General Penitenciaria del año 1979 y el Real Decreto 1201/1981, que regula el Reglamento Penitenciario.

Básicamente hay que estar, de una parte, a la consideración del trabajo que fija el artículo 184 del reglamento como «elemento fundamental del tratamiento ... que se organizará de forma que sea compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios», y de otra a las remisiones que se efectúan en ambas normas a la legislación laboral común (art. 205.1) respecto a la jornada laboral, horarios, descansos, permisos, etc., que según el apartado 2 de dicho artículo «serán valorados a efectos laborales y económicos, y de aplicación de los beneficios penitenciarios, en razón a los tiempos realizados».

c) Deportistas profesionales.

La posibilidad de celebrar este tipo de contratos viene expresamente admitida por el artículo 4.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, que regula esta relación especial, al establecer: «Para la celebración de contratos de trabajo a tiempo parcial, será aplicable lo dispuesto en el artículo 12.1.2.3. y 4 del Estatuto de los Trabajadores».

d) Artistas en espectáculos públicos.

También en este caso se admite el contrato a tiempo parcial al hacer el artículo 5 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, que regula esta relación laboral especial, una remisión en materia de modalidades de contratación al Estatuto de los Trabajadores.

e) Representantes de comercio.

En este caso no sólo no hay una remisión expresa en esta materia al Estatuto de los Trabajadores, ni se admite expresamente la modalidad contractual que nos ocupa, sino que, además, determinados preceptos de su normativa reguladora dificultan la utilización de aquella. Así el artículo 4.1 del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, establece que «la relación laboral a la que está sujeta el trabajador no implicará sujeción a jornada u horario de trabajo concreto, sin perjuicio de las previsiones contenidas en los pactos individuales o colectivos».

No obstante, algunos autores consideran que tal precepto no impide de manera absoluta tal contratación, aunque resaltan la dificultad de establecer una jornada a tiempo parcial en una actividad que no está sometida, en principio, a jornada alguna (5).

f) El personal de alta dirección.

La Administración Laboral y de la Seguridad Social ha venido manteniendo, tanto en instrucciones internas como en resoluciones administrativas, que no resultan de aplicación al personal de alta dirección, las normas que regulan las contrataciones a tiempo parcial. Para ello se basan en que las contrataciones que se concierten con los trabajadores de alta dirección, en virtud de lo establecido en el artículo 2.2 del Estatuto de los Trabajadores, se consideran relaciones laborales de carácter especial y, como tales, no se rigen por las disposiciones de dicha ley y las de las normas de desarrollo, sino por su normativa específica, contenida en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, aplicándose el Estatuto de los Trabajadores en virtud de lo establecido en el artículo 3 de dicho Real Decreto, únicamente en aquellos supuestos referentes a los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral en que exista remisión expresa, o se haga constar estrictamente en el contrato.

Se ha precisado aún más que, no existiendo tal remisión expresa en lo que se refiere a la aplicación de las normas sobre contratación del Estatuto de los Trabajadores, no es posible que las partes contratantes se remitan por voluntad expresa a lo dispuesto en dicha ley, en lo referente a la aplicación de dicha normativa, ya que una cosa es la posible remisión *inter partes* a determinadas condiciones laborales, relativas a derechos y obligaciones establecidas en tal norma legal, puesto que lo posibilita el artículo 3 del citado Real Decreto 1382/1985, y otra muy distinta la elección de la aplicación de normativas, como la del contrato a tiempo parcial, que excede a la posibilidad de pacto que señala el citado precepto del Real Decreto de referencia.

(5) «... la vigencia del principio de autonomía puede permitir que los contratantes valoren la oportunidad de revestir esta prestación de servicios con la fórmula del contrato a tiempo parcial, aunque ese hipotético pacto se nos antoja disfuncional y difícilmente operativo por la imposibilidad real de controlar esa jornada a tiempo parcial». FEDERICO V. LOPEZ MORA: «Régimen Jurídico del Contrato a Tiempo Parcial». Ediciones Deusto.

La Tesorería General de la Seguridad Social también ha interpretado que el concepto de trabajo a tiempo parcial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, implica un término de comparación entre el período de tiempo trabajado y el correspondiente a la jornada habitual de la actividad, jornada que ha de entenderse como la general correspondiente al sector o actividad de que se trate, de acuerdo con la norma convencional o estatal aplicable, y dentro de los límites imperativos de la normativa laboral estatal. Continúa su argumentación la Tesorería señalando que hay que tener en cuenta que, además de no ser aplicable, en principio, el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio (que desarrolla el Estatuto de los Trabajadores en materia de jornada y descansos) a las relaciones laborales de carácter especial (art. 1 del Real Decreto), en el caso concreto del personal de alta dirección no existe una regulación de la jornada de trabajo.

El artículo 7 del Real Decreto 1382/1985 establece, en cuanto a jornada y horarios, que serán los pactados en el contrato en cuanto no configura prestaciones a cargo del empleador que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente. Esta materia, sin embargo, sí se regula en las demás relaciones laborales especiales (salvo en la de los representantes de comercio como vimos anteriormente), bien directamente, bien por remisión a la normativa legal reguladora de la materia.

Precisamente esas relaciones laborales especiales, con la misma excepción, se remiten, como hemos visto, y contemplan en sus regulaciones la posibilidad de la contratación a tiempo parcial.

Hasta aquí la posición de la Administración respecto a este tema. Vamos a ver ahora lo que los Tribunales han dicho al respecto, en las controversias que aquélla ha venido sosteniendo con las empresas que pretendían utilizar esta modalidad contractual con sus Gerentes y, en general, con el personal de alta dirección.

En primer lugar nos referiremos a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 10 de septiembre de 1991, que coincide con el criterio de la Tesorería de la Seguridad Social en la dificultad, bastante evidente, de establecer con certeza la existencia de una jornada parcial, cuando la habitual o normal de un alto cargo no viene fijada en disposición alguna. No obstante, la sentencia indica más adelante que tal alegato, aunque atendible, ha de constreñirse su alcance al supuesto contemplado en el procedimiento que resuelve, y en el mismo caso planteado no es de un simple Gerente, sino que en la persona afectada concurre además la condición de socio de la empresa, que está incardinado en el aparato de administración societaria (Presidente del Consejo de Administración), por lo que, según la mentada sentencia, «tiene institucionalmente atribuida la gestión de los asuntos sociales». En defini-

tiva, considera que por virtud del contrato de Gerente se le quiere atribuir funciones que ya ejerce por la vía de titular de un órgano de gestión. Pues bien, la sentencia desestima el recurso formulado por la empresa «ya que resulta inconcebible que, durante un cierto tiempo al día (a la semana o al mes), el titular de una competencia de gestión societaria se muestre ajeno a sus funciones y tareas; lo que por necesidad pasa a ser igualmente impensable, aunque la limitación temporal se refiere ahora al papel de un Gerente. Estaríamos, desde luego, ante una situación de plena fantasía, en que se pretende una diferenciación de personalidades y papeles, muy ajena a lo que en realidad sucede».

Finalmente, concluye el Tribunal Superior de Justicia de Murcia su fundamentación jurídica, con la consideración de que todo lo razonado anteriormente es «sin perjuicio, como es evidente, de que si se actúa en más de una sociedad, y en varias entidades mercantiles se provoca alta en Seguridad Social, entran en juego las reglas sobre pluriempleo y sobre reparto de las bases de cotización».

No obstante, la insistencia de la sentencia a lo largo de todo su texto en que no se admite el contrato a tiempo parcial, atendiendo a las circunstancias específicas del conflicto planteado, parece que deja la puerta abierta a dicha contratación cuando el Gerente no reúna además ninguna otra condición de socio e integrante de órganos de gestión de la administración de la sociedad.

Donde sí aparece una línea doctrinal más claramente favorable al contrato a tiempo parcial para el personal de alta dirección es en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en diversas sentencias (6-3-1991; 30-1-1991; 20-2-1991; 10-7-1991 y 26-6-1991) ha venido consagrando las siguientes consideraciones jurídicas:

- 1.^a La Ley 32/1984, de 2 de agosto, modifica sustancialmente el Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos a tiempo parcial al derogar su disposición transitoria 3.^a, que limitaba dicho contrato a determinados trabajadores, cuya relación no reproduzco por haberla referido más arriba.

«A partir de ese momento -dice la S. de 30-1-1991- el contrato a tiempo parcial dejó de ser una medida de fomento del empleo en determinados colectivos, para pasar a ser una modalidad normal de trabajo que resulta aplicable a quien presta sus servicios por cuenta ajena, bien sea en un puesto de operario o en otro de mayor responsabilidad, pues no hay razón alguna que obligue a excluir de este tipo de contratos a determinado personal como es la Gerente de la empresa demandante».

- 2.^a Ampliando la argumentación anterior, la Sentencia de 20 de febrero de 1991 señala que «es de ver que en manera alguna los preceptos que se denuncian como infringidos prohíben la consumación en el ámbito de los altos cargos, de contratos a tiempo parcial, pues el artículo 1, apartado 2, del Real Decreto 1991/1984 se limita a definir tal tipo, sin que del sentido de los seis primeros artículos de dicha norma, que regula concretamente esta figura, se pueda colegir que extienda la interdicción a los mismos, antes bien, pueden entenderse comprendidos sin pugna de la lógica jurídica, ni el artículo 3 del Real Decreto 1382/1985, al explicar las fuentes de la relación laboral especial, potenciando sin duda la autonomía de la voluntad, prohíbe su concertación, como equivocadamente sostiene la Tesorería recurrente».
- 3.^a Finalmente, esta línea doctrinal, para fundamentarse, se apoya también en la Exposición de Motivos de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, constando en la misma que se busca la normalización de la figura del contrato a tiempo parcial, homologando la situación española con la de otras economías occidentales «en las que el trabajo a tiempo parcial ha adquirido un grado de difusión desconocido en España y altamente satisfactorio, al cumplir tres objetivos deseables: Satisfacer los deseos de una parte de la población dispuesta a trabajar en jornada incompleta, disminuir la unidad mínima de trabajo que las empresas puedan contratar y, en general, obtener por esa vía un reparto del trabajo disponible de carácter estrictamente voluntario».

g) Otras relaciones laborales especiales.

El apartado g) del artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores establece que también tendrá la consideración de relaciones laborales de carácter especial «cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley».

Pues bien, eso ocurrió con los Minusválidos en los centros especiales de empleo a través de la Ley 13/1982, de Integración Social del Minusválido, el personal civil no funcionario en establecimientos militares, en aplicación de la disposición final 7.^a del Estatuto de los Trabajadores, y los Estibadores Portuarios, en virtud del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo.

En los respectivos reglamentos reguladores de dichas relaciones laborales especiales, se contempla también, de manera más o menos expresa, la posibilidad de realizar el contrato a tiempo parcial con los trabajadores de las mismas.

1.3. Los socios de Cooperativas de Trabajo Asociado.

La Ley General de Cooperativas 3/1987, de 2 de abril (BOE del 8-4-1987) establece en la disposición adicional 4.^a que «los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes:

- a) Como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente.
- b) Como asimilables a los trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en algunos de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad».

Dicha disposición adicional 4.^a asimila más adelante también a los trabajadores por cuenta ajena, a efectos de Seguridad Social, a los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y a los socios de trabajo, figura regulada por el artículo 30 de la Ley General de Cooperativas, que admite en las cooperativas de primer grado que no sean de trabajo asociado o de explotación comunitaria, y en las de segundo o ulterior grado; esos socios de trabajo son personas físicas cuya actividad cooperativizada consistirá en la prestación de su trabajo personal en la cooperativa, a los que se aplica básicamente, salvo algunas salvedades, las normas establecidas en la ley para los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.

Con posterioridad aparece el Real Decreto 225/1989, de 3 de marzo (BOE 8-3-1989), que regula las condiciones de incorporación al sistema de la Seguridad Social de los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado, que viene a dar desarrollo reglamentario a la disposición adicional 4.^a de la Ley General de Cooperativas. Ese reglamento en su artículo 2.º dice textualmente que «una vez producida la incorporación al régimen general de la Seguridad Social correspondiente, a los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado les serán de aplicación en su integridad las normas reguladoras del respectivo régimen, en los mismos términos y condiciones que rijan para el común de los colectivos que forman parte del campo de aplicación del mismo».

Tales disposiciones generan la problemática de si esa asimilación en materia de Seguridad Social, que se produce de los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado, socios de trabajo y socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra con los trabajadores por cuenta ajena, tiene un alcance amplio, que comprenda también la posibilidad de tener un trabajo a tiempo parcial y beneficiarse, como en el caso de los últimos, de los contratos a tiempo parcial en cuanto a las cotizaciones a la Seguridad Social, en función de los salarios realmente percibidos.

Parece claro que el trabajo a tiempo parcial en el caso de los socios de cooperativas señalados es plenamente posible, salvo que tal circunstancia estuviese impedida por los Estatutos de la cooperativa, que según las distintas normas reguladoras de las cooperativas, tanto las Estatales como las de las Comunidades Autónomas con transferencias en esta materia, son los que regularán las condiciones de la prestación al trabajo. Pero no ocurre lo mismo con el supuesto de la cotización a la Seguridad Social.

Parece que no existe la posibilidad de que los socios de cooperativas antes referidos que realicen un trabajo a tiempo parcial puedan beneficiarse de la cotización reducida que para tales contratos prevé el Real Decreto 1991/1984. A tal conclusión cabe llegar partiendo del condicionante que impone la vigente Orden de 18 de enero de 1993 (BOE del 20), por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993. Dicha Orden en su Capítulo III, regula lo referente a la cotización en los supuestos de contratos a tiempo parcial. Pues bien, la propia titulación del Capítulo y el contenido de su articulado ponen de manifiesto, sin duda, que dichas normas especiales de cotización se aplican para los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial.

Si tenemos en cuenta que los socios trabajadores de cooperativas no mantienen con las mismas, vinculación laboral como la que define el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, quedan excluidos del ámbito de aplicación de dicha ley. Es decir, no es compatible la condición de socio de una cooperativa con la de sujeto de una relación laboral con la misma, lo que incluye las formalizadas como contrato a tiempo parcial.

En consecuencia, la ausencia de esa modalidad contractual en la relación de los socios trabajadores con las cooperativas, impide que a los mismos se les aplique los beneficios de cotización a la Seguridad Social señalados, por más que las normas referidas al principio establezcan una asimilación con los trabajadores por cuenta ajena en esa materia, asimilación que no ha de entenderse ilimitada, sino que ha de darse en la medida que se diesen también identidad de circunstancias en la relación jurídica de Seguridad Social constituida, lo que no ocurre en este caso.

1.4. Contratos a tiempo parcial con el cónyuge del empresario.

Entendemos que cabe la posibilidad de concertar contratos a tiempo parcial entre el empresario y su cónyuge, siempre que en él coincida la condición de asalariado. La duda se planteaba anteriormente con más fuerza, pero la nueva redacción dada por el Real Decreto-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, al artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, abre claramente la puerta a que el cónyuge del empresario pueda ser contratado a tiempo parcial, de acuerdo con el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, modificación que era consecuencia de la nueva regulación que sobre el trabajo familiar contenía el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores.

Dicho artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social en su nueva redacción establece una presunción *iuris tantum* de no ser trabajadores por cuenta ajena los cónyuges ocupados en su centro de trabajo cuando convivan en el hogar del empresario y estén a su cargo, admitiendo, por tanto, la prueba en contrario de que sí existe la relación laboral. De manera que si concurren las notas definitorias del contrato de trabajo, dependencia, ajeneidad, subordinación y retribución, según lo establecido en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores y las definitorias de la relación laboral fijadas en el artículo 1 del mismo texto legal, se puede hablar de que existe relación laboral entre cónyuge y empresario. Y si se acepta tal posibilidad, no hay nada que impida concertar lícitamente contratos a tiempo parcial entre ambos, toda vez que ni el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores ni el Real Decreto 1991/1984 contienen ninguna excepción para su concertación en virtud de parentesco con el empresario, lo que sí ocurre con otras modalidades contractuales.

Por lo que se refiere a cómo acreditar la existencia de dicha relación laboral, puede llevarse a cabo en cualquier forma admitida en Derecho. No sólo mediante la formalización escrita, aunque ésta sea una exigencia de la normativa reguladora de esta modalidad contractual, según veremos más adelante, al menos para que el empresario se pueda beneficiar de las cotizaciones a la Seguridad Social reducidas.

Cuando se utiliza el término empresario se piensa en persona física como titular de la empresa, pero también sería aplicable al caso del comunero de una Comunidad de Bienes y no digamos a los familiares de socios de sociedades civiles o mercantiles con personalidad jurídica propia y distinta de la de sus socios.

1.5. Comuneros en Comunidades de Bienes.

No parece que haya nada que impida que se pueda llevar a cabo el tipo de contratación que nos ocupa, cuando se acredite por las partes una auténtica relación laboral en la prestación de servicios de los comuneros o socios a la comunidad o sociedad. Circunstancia que exige una simple aportación de trabajo o de bienes, sin que el comunero o socio asuma la codirección de la empresa ni el riesgo y ventura de ella, ni más responsabilidad que la que alcance a los bienes aportados.

1.6. Socios de sociedades mercantiles.

Lo característico de las sociedades regulares colectivas y de las comanditarias en cuanto a sus socios colectivos, es que están obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan en nombre y por cuenta de la Compañía Mercantil, bajo la firma de ella y por persona autorizada para usarla.

Tal circunstancia impide la presencia de una de las notas definitorias de la relación laboral, como es la de la ajeneidad. Y la imposibilidad de que dichos socios mantengan relaciones laborales comunes con la sociedad cierra el paso en consecuencia a la posibilidad de la utilización del contrato a tiempo parcial.

En cuanto a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, la dificultad está en determinar la posibilidad de que los mismos puedan mantener una relación laboral con la sociedad en la que poseen las acciones.

En sentido contrario a lo dicho para los socios de las sociedades personalistas, se puede decir con carácter general, y así lo ha venido considerando la jurisprudencia de los Tribunales, que los socios de sociedades de responsabilidad limitada que trabajen personalmente en las mismas tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena, dado que se realiza la actividad dentro del dispositivo de una sociedad cuya personalidad jurídica es independiente de la propia de cada uno de los socios que la integran, que sólo quedan obligados en relación con la misma hasta el límite del capital aportado. Ahora bien, deben darse las notas básicas de toda relación laboral, a saber: La ajeneidad, dependencia y remuneración. De manera que si la ajeneidad desaparece, por ejemplo cuando el socio tiene una participación mayoritaria en el accionariado (SSTS de 27-6-1989, 26-4-1991 y 25-5-1991), o desaparece la de la dependencia cuando el socio participa en los órganos de gobierno y administración de la sociedad, porque desaparece el sometimiento al ámbito de organización y dirección del empresario (STS de 15-2-1988), no se puede hablar de la existencia de una relación laboral entre socio y sociedad.

Cabe plantearse también si en el caso de un socio que reúne en su persona la consideración de personal de alta dirección puede hablarse de la existencia de una relación laboral. Completando lo ya dicho en un apartado anterior hay que señalar que la jurisprudencia viene admitiendo tal posibilidad, siempre que no se dé una identidad material de las funciones que el socio desarrolla como Director General, Consejero, Delegado, etc., y como trabajador por cuenta ajena (STS de 27-1-1992).

Tampoco se aprecia la existencia de relación laboral en el caso de que falte la nota de la dependencia, la subordinación jerárquica, lo que ocurre cuando es el propio trabajador en el ejercicio de los poderes gerenciales quien dirige o es en última instancia personalmente responsable de su propia actividad laboral dentro de la empresa (SSTS de 18-3-1991 y 16-12-1991).

No obstante, establecida de manera indubitada que la prestación de servicios del socio es de naturaleza laboral, no hay nada que impida que su contratación se lleve a cabo con la modalidad del contrato a tiempo parcial, ni su condición de socio, ni siquiera la de personal de alta dirección, como vimos al hablar de las relaciones laborales de carácter especial.

2. Requisitos para la obtención del beneficio del sistema de la cotización proporcional a la Seguridad Social: La forma en el contrato de trabajo a tiempo parcial.

El artículo 74.4 de la Ley General de la Seguridad Social establecía, a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, que la base de cotización a la Seguridad Social tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, cualquiera que fuese el número de horas que se trabajasen diariamente.

Tal norma vino a ser modificada por el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores al establecer en su número 2 que «la cotización a la Seguridad Social y las demás aportaciones que se recauden conjuntamente con ésta, referidas a los trabajadores contratados a tiempo parcial, se efectuará en razón de las horas o días realmente trabajados».

Como se ve, tal beneficio de la cotización proporcional, no estaba condicionado a requisito o exigencia formal alguno. Fueron los sucesivos reglamentos reguladores de esta modalidad contractual los que con idéntico contenido han venido estableciendo exigencias al respecto, hasta llegar al actual Real Decreto 1991/1984, que condiciona la aplicación del citado beneficio a que el contrato se formalice por escrito (art. 5.1), llegando a precisar en el número 3 del mismo artículo que «la inobservancia de la forma contractual escrita determinará ... la no aplicación del sistema especial de cotización a que se refiere el artículo 4, mientras no se cumplan los requisitos previstos en los números anteriores».

Acorde con este desarrollo reglamentario del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, se había venido consolidando una línea doctrinal, tanto del desaparecido Tribunal Central de Trabajo, como de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas que vinieron a sustituirle, que consagraba la exigencia formal escrita para tener derecho a aplicar a los contratos a tiempo parcial los beneficios de la cotización proporcional. Así, se venía señalando que la formalización por escrito y en el modelo oficial del contrato a tiempo parcial, que exige el Real Decreto 1991/1984, no son requisitos constitutivos del contrato, cuya naturaleza de tal no resulta afectada por su falta de observancia, pero su falta sí impide que el empresario se beneficie de la reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social que contempla el artículo 12.2 del Estatuto de los Trabajadores (por todas, SSTCT de 22-10-1986 y 12-1-1988; STSJ del País Vasco de 9-1-1991).

No obstante, esa línea había comenzado a quebrar con la Sentencia de 4 de julio de 1988 de la Sala 5.ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que quitaba prácticamente todo valor a los requisitos formales del artículo 5 del Real Decreto 1991/1984, llegando a decir que una trabajadora había de considerarse contratada a tiempo parcial, y por tanto la

empresa podía beneficiarse de la cotización proporcional a la Seguridad Social, «porque consta la prueba de la realidad de los hechos, esto es, prueba en contrario, que el mencionado precepto se encarga de otorgarle más valor que a la mera formalidad de un Registro o de un impreso ...».

Sin embargo, es más adelante cuando se consagra una clara línea jurisprudencial del Tribunal Supremo contraria a la exigencia de la forma escrita. En primer lugar hemos de referirnos a la Sentencia de la Sala 3.^a, Sección 2.^a, de fecha 5 de mayo de 1990, que contiene importantes Fundamentos Jurídicos, a través de los cuales lleva a la conclusión de que la forma escrita exigida por el artículo 5.1 y 3 del Real Decreto 1991/1984 no constituye un elemento constitutivo del contrato a tiempo parcial, ni siquiera para aplicar los beneficios de la cotización reducida, llegando incluso a declarar la ilegalidad de dicho Real Decreto en este aspecto, por ser contrario a lo establecido por el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

Dada la importancia de dicha jurisprudencia creemos interesante hacer una amplia referencia a los Fundamentos Jurídicos de la citada sentencia.

En el Fundamento Sexto entra a analizar la validez de las normas reglamentarias que condicionan la posibilidad de cotización por las solas horas de trabajo, al requisito de la formalización escrita del contrato. Y señala en primer lugar que en el régimen del contrato de trabajo rige, según la común doctrina, un amplio sistema de reserva material de ley (arts. 35.2 y 53.1 de la CE), lo que implica que la oportunidad de la normación reglamentaria sólo se da previa una remisión específica desde la ley. En el presente caso no existe ni en la Ley 2/1984, ni en el Estatuto de los Trabajadores en general, ninguna remisión habilitante de una regulación reglamentaria de los contratos a tiempo parcial.

La referida sentencia continuaba señalando de manera textual: «Establecido en el artículo 12.2 del Estatuto de los Trabajadores que la cotización a la Seguridad Social y las demás aportaciones que se recauden conjuntamente con ésta, referidas a los trabajadores contratados a tiempo parcial, se efectuará en razón a las horas o días realmente trabajados, sin ningún condicionante especial, es claro que la norma reglamentaria ulterior, no basada en una previa habilitación específica, no puede introducir condicionamientos no contenidos en la Ley y, al hacerlo, viene a contradecirla, con lo que en estricta aplicación del principio de legalidad y de jerarquía normativa, debe estimarse nulo de pleno Derecho el Real Decreto que lo infringe e inaplicable por los Tribunales (arts. 9.3 y 103 de la CE; art. 1.2 CC; arts. 23 y 128 de la LRJAE; art. 47.2 de la LPA y art. 6 LOPJ)».

En idéntico sentido se pronuncia la misma Sala del Tribunal Supremo en otra Sentencia de 11 de octubre de 1990, en la que figura más resumida, pero nítida, la tesis jurisprudencial sostenida: «el condicionante reglamentario de la posible cotización proporcional en caso de

contrato a tiempo parcial en función de una determinada forma del contrato, viene a establecer restricciones inexistentes en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, contradiciéndolo, por lo que la norma reglamentaria deviene nula e inaplicable». En el mismo sentido cabe referirse a la Sentencia de 2 de abril de 1990.

Hemos de llamar la atención sobre el hecho de que la ilegalidad se refiere al condicionante de la cotización que no existía en el Estatuto de los Trabajadores, no afectando a la presunción del contrato por tiempo indefinido, cuando falta la forma escrita, que sí está contemplado en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores.

La tesis mantenida al respecto por la doctrina del Tribunal Central de Trabajo y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sostiene la naturaleza *ad probationem* y no *ad solemnitatem* del requisito de la escrituración, por lo que su incumplimiento en modo alguno determina la falta de validez o eficacia del contrato a tiempo parcial. Así, se decía en una Sentencia que la inobservancia de la forma escrita no determina su nulidad sino la presunción de su carácter indefinido y a jornada completa, salvo que se pruebe lo contrario (STCT de 20-1-1988).

Lo que se produce entonces es un problema de prueba: De que la realización del trabajo lo es a tiempo parcial.

En consecuencia, en ausencia de forma escrita del contrato a tiempo parcial cabría estimar que la relación laboral es, en principio, a jornada completa, y sólo cuando se acredite por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho que la prestación de actividad lo es a tiempo parcial, deberá estimarse existente un contrato de tal naturaleza, con las correlativas consecuencias en materia de cotización proporcional a la Seguridad Social.

III. LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO A TIEMPO PARCIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES SOCIALES

1. Introducción.

Los derechos laborales de los trabajadores con contrato a tiempo parcial no siempre están contemplados de igual forma en todos los países donde se utiliza esta modalidad contractual. De manera que los hay, como Irlanda, Reino Unido o Países Bajos, que condicionan el disfrute de determinados derechos y condiciones de la prestación laboral, a que se trabaje un determinado y mínimo número de horas a la semana o al mes.

No obstante, en la mayoría de los Estados miembros de la CEE, los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo pleno disfrutaban de las mismas condiciones económicas y laborales, y a ambas categorías se les aplica también la misma legislación sobre períodos de preaviso, indemnizaciones por despido, etc. (6).

En España la regulación de tal materia la contempla en primer lugar el Estatuto de los Trabajadores, que en su artículo 12 establece que: «Los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a tiempo parcial disfrutarán como mínimo de iguales salarios y demás percepciones económicas que los trabajadores contratados a tiempo completo, beneficiándose asimismo de todos los derechos que sean compatibles con la naturaleza del contrato, si bien en la proporción correspondiente a los servicios que presten». Idéntico texto se recogió en el primer desarrollo reglamentario de dicho precepto, Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio, y Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio. Por su parte, el vigente reglamento, contenido en el Real Decreto 1991/1984, establece: «Los trabajadores contratados a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que la Ley o los Convenios Colectivos reconozcan a los trabajadores a tiempo completo».

Cuando en el caso del Estatuto de los Trabajadores se habla de «todos los derechos» y en el Real Decreto 1991/1984 de «los derechos que la Ley ...», hay que pensar que se ha de entender referidos no sólo a los propiamente laborales del Estatuto de los Trabajadores y demás normas de desarrollo, sino también a los referidos a la Seguridad Social.

No obstante, los principios generales que acabamos de ver necesitaban unas matizaciones y adaptaciones en cuanto a los derechos referidos a desempleo y Seguridad Social. Así lo entendió la primera norma reglamentaria de desarrollo del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos a tiempo parcial, el Real Decreto 1362/1981, que ya hemos citado. Dicho Real Decreto en su disposición final 3.^a estableció que: «El Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social procederá a efectuar las adaptaciones precisas en las normas que configuran el régimen de cotización y prestaciones de la Seguridad Social y desempleo, para su aplicación a los supuestos en que los presuntos beneficiarios de la acción protectora estén o hayan estado acogidos a contrato de trabajo a tiempo parcial».

En uso de esa última delegación de facultades, el Ministerio de Trabajo reguló con carácter provisional el régimen de la Seguridad Social y del seguro de desempleo, para los contratos a tiempo parcial, a través de la Orden de 20 de enero de 1982 (BOE 30-1-1982). No obstante, hay que precisar que a lo largo de todo el articulado de la Orden se regula exclusivamente lo referente al régimen de cotización, pero en ningún momento se establecía norma alguna referida a prestaciones de Seguridad Social o desempleo.

(6) Datos obtenidos del Informe elaborado por la Comisión de la Comunidad Económica Europea, a solicitud del Consejo Europeo, en su reunión de los días 28 y 29 de junio de 1988 en Hannover.

Con posterioridad, la regulación de las prestaciones de ambas materias, Seguridad Social y desempleo, siguieron caminos distintos y, por ello, vamos a referirnos a las mismas por separado.

2. Los derechos de los trabajadores con contratos a tiempo parcial en materia de prestaciones por desempleo.

Los derechos de los trabajadores en esta materia vienen regulados básicamente en la Ley de Protección por Desempleo, 31/1984, de 2 de agosto, y el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril.

Los principales conflictos jurídicos que se han presentado en la aplicación de las normas anteriores en relación con estas prestaciones, han guardado relación con la cuantía de la prestación y con el período de carencia necesario para tener derecho a la misma. Vamos a referirnos a ambos temas a continuación.

2.1. Determinación de la cuantía de la prestación por desempleo de los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial.

La Ley 31/1984, en su artículo 9.3 establece que en el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial, la cuantía mínima y máxima de la prestación se determinará teniendo en cuenta el salario mínimo interprofesional que corresponda al trabajador en función de las horas trabajadas.

Una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 9 de enero de 1991, interpreta esta norma señalando que el único criterio cuantitativo dirigido a la fijación de la prestación es el que expresamente concreta la norma transcrita, y frente a su tenor literal, suficientemente claro, no se puede entender que debe abonarse la prestación de desempleo en función de las bases de cotización. La prestación será la que le corresponda al trabajador en función de las horas o días realmente trabajados, con completa independencia de las obligaciones que competan al empresario respecto a la obligación de cotizar a la Seguridad Social, de manera que si un empresario tiene un contrato a tiempo parcial, pero no lo ha formalizado por escrito, conforme exige el Real Decreto 1991/1984 (ya vimos con anterioridad el valor de esta exigencia según el Tribunal Supremo), no podrá beneficiarse de la reducción de cotizaciones, deberá cotizar los topes mínimos de cotización, pero esas bases no serán las que se tengan en cuenta para el cálculo de la prestación por desempleo.

Ha de tenerse en cuenta que a efectos de calcular la prestación, el salario mínimo interprofesional se incrementará en la parte proporcional de dos gratificaciones extraordinarias de 30 días cada una de ellas, en la cuantía que le corresponda al trabajador en función del número

de días o de horas trabajadas. Aunque no se dice nada por la ley y el reglamento, hay que suponer que si la composición básica de la prestación se calcula en base al salario mínimo interprofesional, con independencia del salario o las cotizaciones reales, el cálculo de las gratificaciones extraordinarias habrá de hacerse también en función del valor de aquél.

2.2. Cálculo del período de carencia para causar derecho a la prestación por desempleo en los trabajadores con contrato a tiempo parcial.

La Ley 31/1984 exige con carácter general para todo tipo de contratos de trabajo, como requisito para el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo, tener cubierto un período mínimo de ocupación dentro de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo, que se establece en el artículo 8.º, que asimismo marca la duración de la prestación señalando que estará en función de los períodos de ocupación cotizada.

La anterior regla tiene desarrollo en el artículo 3 del Reglamento 625/1985, de 2 de abril, en el que además se contienen normas específicas referidas a los contratos de trabajo a tiempo parcial. Así en el número 1 se dice que en el caso de desempleo parcial, el número de días de prestación será el señalado en la escala general en función del período de ocupación cotizada, independientemente de la reducción de la jornada.

También en el número 4 se indica que cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.

Llamamos la atención sobre este último precepto porque entendemos que el mismo recoge perfectamente el espíritu de lo querido por el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, lo que no ocurre con las prestaciones de la Seguridad Social donde, como veremos más adelante, cada día trabajado no se considera, cualquiera que sea la jornada, como un día de ocupación cotizada a efectos del cálculo del período mínimo de cotización necesario para tener derecho a las mismas.

El artículo 3.4 del citado Real Decreto 625/1985 ha sido objeto de controversia jurídica y se ha venido aclarando el alcance del mismo por diversas Sentencias, de las que destacaríamos una del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de septiembre de 1991, que establece que «no es posible computar como período de ocupación cotizada, a los efectos de las normas invocadas (se refiere a la ley y reglamento que estamos analizando), la suma de los períodos a que se extendió temporalmente la relación laboral, sino los días efectivamente

trabajados, por más que la empresa para la que se prestaron aquellos servicios hubiera abonado cotizaciones por 181 días», y cita en su apoyo diversas sentencias del desaparecido Tribunal Central de Trabajo (21-3, 20-5 y 28-10-1988). Es decir, según esa sentencia, no se computan los días de total inactividad laboral.

Lo anterior parece una discriminación en relación con los trabajadores a tiempo completo, en los que sí se computan los días cotizados, aunque no se haya trabajado en ellos, pero tal criterio no es admitido por la sentencia de referencia, que considera que «el cálculo del período de ocupación cotizada, efectuado sobre simples cotizaciones sin que éstas vengan generadas por un efectivo trabajo, conculcaría, además, el espíritu que informa la normativa en materia de desempleo, en cuanto que el período de percepción de las prestaciones contributivas es correlativo al de actividad laboral, dándose lugar, en otro caso y de seguirse la tesis propugnada por el recurrente, a la obtención de mayores beneficios en la situación de desempleo que en la de trabajador en activo, teniendo en cuenta que la finalidad de la normativa reguladora de la contingencia de desempleo es paliar las consecuencias de la falta de ocupación, no primarla con el reconocimiento de prestaciones que no respondan, en su cuantía y extensión, a la actividad laboral previamente desarrollada».

Con posterioridad, el mismo Tribunal abunda en el mismo criterio en otra Sentencia de 27 de noviembre de 1991, pero en la misma fija de manera más precisa los días que pueden ser computables como de ocupación efectiva para generar el período de carencia e incluye, no sólo los de actividad laboral, sino también los que denomina «no laborables o de descanso ordinario», y cita nuevamente en su apoyo las sentencias del Tribunal Central de Trabajo ya referidas con anterioridad.

3. Los derechos de los trabajadores con contratos a tiempo parcial en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

En la introducción de este epígrafe (III.1) nos referíamos a la Orden de 20 de enero de 1982, que reguló con carácter provisional el régimen de la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial. Pues bien, en la disposición final 2.ª de dicha Orden se autorizaba a las Subsecretarías para la Seguridad Social y de Empleo y Relaciones Laborales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar las normas precisas para la aplicación de la misma.

En uso de dicha autorización la Subsecretaría para la Seguridad Social dictó una Resolución de fecha 1 de febrero de 1982 (BOE 5-2-1982), por la que se establecían normas en materia de cotización y prestaciones económicas de la Seguridad Social.

La resolución que acabamos de citar establecía los criterios para el cálculo del período de carencia y señalaba que «a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen de que se trate, para causar derecho a prestaciones se computarán las horas o días efectivamente trabajados. A tal fin, cuando se trate de trabajo por horas, el número de días teóricos computables será el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el número de las que constituyan la jornada habitual para la actividad de que se trate».

Como se puede apreciar a simple vista, estas normas de la Resolución de 1 de febrero de 1982 son distintas de la regulación que para idéntica materia de determinación o cálculo del período de carencia se hacía para las prestaciones por desempleo por el Real Decreto 625/1985, que examinamos con anterioridad.

La resolución indicada, que ha venido siendo aplicada habitualmente por el INSS, contiene más restricciones aún en cuanto al cálculo del período de carencia para tener derecho a la prestación económica por ILT, pues establece en relación a la misma que: «El período mínimo de cotización exigible en el régimen de que se trate, para causar derecho a la prestación de ILT derivada de maternidad, deberá estar comprendido dentro de los 18 meses inmediatamente anteriores a la iniciación del descanso obligatorio o, en su caso, voluntario».

Este sistema de cálculo, que no considera cada día de trabajo, con independencia de la jornada, como un día de ocupación cotizada, entraña una grave discriminación, en particular para las mujeres cuya baja por ILT se deriva de la maternidad, impidiendo de hecho el acceso a las prestaciones a todas aquellas que no trabajen un número mínimo de horas semanales, vulnerando el derecho constitucional a las prestaciones de la Seguridad Social, que consagra el artículo 41 de la Constitución Española de 1978, y el principio contenido en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y el reglamento de desarrollo que vimos anteriormente, que equipara en derechos a los trabajadores a tiempo parcial con los de jornada completa, sin condicionar dicha equiparación a ningún requisito de número mínimo de horas trabajadas, como veíamos antes que ocurría en algunos países europeos.

A título de ejemplo podemos señalar que si la jornada semanal establecida por un Convenio Colectivo fuera de 32 horas, unos simples cálculos nos indican que sólo los trabajadores que tuvieran una jornada parcial superior a 12 horas semanales podrían cubrir los requisitos de la resolución que nos ocupa, de alcanzar 180 días teóricos computables dentro del año y medio anterior a la fecha del parto.

Además de por éstos, la resolución referida presenta visos de ilegalidad por otros motivos, alguno de ellos apreciados jurisprudencialmente como veremos más adelante.

Entre otros cabe señalar:

Primero. Dicha resolución se dicta en virtud de una delegación de facultades del Ministerio de Trabajo en la Subsecretaría, supuesto no permitido por el artículo 22.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Civil del Estado, de 26 de julio de 1957, cuando, como en el presente caso, la delegación dé lugar a la adopción de disposiciones de carácter general. La Orden faculta a la Subsecretaría para la aplicación de las normas contenidas en aquella y, como ya hemos visto, la Orden únicamente contiene normas sobre cotización y no sobre prestaciones, por lo que la Subsecretaría no estaba facultada para crear normas en materia de prestaciones, incluso modificando disposiciones de rango superior como veremos más adelante.

Segundo. Del relato de los preceptos de las tres normas hecho más arriba, se desprende que el Gobierno delegó en el Ministerio de Trabajo y éste, a su vez, en la Subsecretaría, las mismas facultades para establecer las adaptaciones (modificaciones) precisas en las normas que configuran el régimen de prestaciones de la Seguridad Social.

Ese supuesto de subdelegación está expresamente prohibido por el artículo 22 de la ya citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración Civil del Estado, cuando establece en su último párrafo que: «En ningún caso podrán delegarse las atribuciones que posean, a su vez, por delegación».

Tercero. Otro motivo que determina, a nuestro juicio, la falta de eficacia jurídica de la resolución en cuestión, es que la misma carece de vigencia por estar derogada.

En efecto, el Real Decreto 1362/1981 fue derogado por el Real Decreto 1445/1982. Su disposición transitoria 1.ª únicamente mantiene vigente el régimen de cotización a la Seguridad Social y desempleo en la contratación a tiempo parcial, con carácter provisional, que dice «será el establecido en la Orden de 20 de enero de 1982 y ello sin perjuicio de la competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para modificar dicho régimen». Derogada la norma principal, ha de entenderse que también lo están las que se dictaron en su aplicación y desarrollo, a excepción de las que expresamente se mantenga su vigencia, reserva que, como hemos visto, se hace sólo para las de cotización. Incluso esta última es derogada por la Orden de 26 de enero de 1983, por la que se desarrolla el Real Decreto 92/1983, de 19 de enero, sobre cotización a la Seguridad Social, estableciendo dicha Orden nuevas normas sobre cotización a la Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial.

A su vez, el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se da nueva regulación al contrato a tiempo parcial derogó expresamente la Sección Segunda del Capítulo II del Real Decreto 1445/1982, estableciendo nuevas normas, y en su disposición final 1.ª faculta al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social «que efectuará las adaptaciones precisas en las normas que configuran el régimen de prestaciones de la Seguridad Social, para su aplicación a los supuestos en que los presuntos beneficiarios estén o hayan estado trabajando a tiempo parcial ...». De esta disposición se puede deducir que el Gobierno no tenía por hechas las adaptaciones anteriores o, al menos, por no vigentes. No obstante, no se ha hecho uso de esa delegación de facultades, no hay nuevas normas y el INSS continúa aplicando la Resolución de la Subsecretaría del año 1982.

Cuarto. En último término la posible ilegalidad de la citada resolución se deriva de que viola los preceptos de otras de rango superior, al llevar a cabo una modificación de las reguladoras de las prestaciones por ILT: Artículo 128 c) de la Ley General de la Seguridad Social y la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967.

En ambas normas al hablar del período de carencia se exige «un período mínimo de cotización de 180 días». Aun cuando esos 180 días debían entenderse de jornada completa porque en el momento de su aprobación la cotización mínima era «la del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, cualquiera que fuese el número de horas que se trabajan diariamente» (art. 74 de la LGSS), la posterior regulación de los contratos a tiempo parcial y la admisión de cotizaciones por días u horas realmente trabajadas hizo que dicho requisito debiera entenderse como 180 días en que se haya producido cotización, cualquiera que sean las horas al día por las que se efectúe.

Esos y parecidos criterios se recogen en la Sentencia del 23 de junio de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que considera que la resolución referida carece de rango suficiente para adaptar las previsiones del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social y de la Orden de 13 de octubre de 1967 al contrato a tiempo parcial, excediéndose del mandato conferido por el Ministro de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, pues la Orden de 20 de enero de 1982 regulaba sólo lo referente a cotización. Dicha sentencia acoge los criterios de la del Juzgado de lo Social en cuanto al cálculo del período de carencia, que resume como la tesis del «día trabajado-día cotizado». Al considerar derogada la resolución y no existir otra de aplicación al contrato a tiempo parcial considera la sentencia que el criterio correcto es el contemplado por el Real Decreto 625/1985 en materia de desempleo, norma que vino a recoger un criterio doctrinal existente con anterioridad a su aprobación, «aun cuando -dice la sentencia reseñada- no sea directamente aplicable por tratarse de prestación distinta, ofrece sin duda un valor analógico inestimable (art. 4.1 del Código Civil), pues una y otra prestaciones responden a un estado de protección similar, la pérdida del derecho al salario como tal, y a una finalidad igual de subsistencia».

Sin embargo, como en tantas otras ocasiones, aparece también en este tema la contradicción de los Tribunales en su doctrina, pues otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón viene a mantener el criterio contrario al anterior, revocando una sentencia de un Juzgado de lo Social, que había llevado a cabo una aplicación analógica del Real Decreto 625/1985, señalando aquella que la norma contenida en este reglamento de prestaciones por desempleo «constituye un trato excepcional que ratifica la norma general y representa una conculcación del binomio actividad laboral-período prestacional generado al que hace referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional número 65, de 21 de mayo de 1987, al declarar que en un sistema de la Seguridad Social parcialmente contributivo (como es el español), no puede excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones, siendo igualmente de aplicación el principio recogido en la Sentencia del citado Tribunal Central de Trabajo de 18 de enero de 1988, en el sentido de que ningún derecho subjetivo se puede adquirir en base a una cotización económica que sólo se justifica por vía de consecuencia y no de supuesto título consecutivo».

Por contra, la doctrina resulta más unánime en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que hace suya la tesis de «día trabajado (con independencia de la jornada) - día cotizado». Dos Sentencias se pueden citar en ese sentido, una de 2 de mayo de 1991 y otra de 3 de marzo de 1992.

En la primera de ellas, tras referirse a toda la normativa general reguladora del contrato a tiempo parcial, que hemos ido analizando, y a la reguladora de la cotización a la Seguridad Social, concluye que «los días cotizados corresponden a días efectivamente trabajados, aunque sea dentro de una relación laboral de jornada reducida respecto de la jornada de trabajo normal u ordinaria en la rama de actividad correspondiente».

Por su parte, la segunda de las sentencias, referida a una pensión por jubilación, contiene un mayor armazón jurídico y es novedosa en cuanto a los Fundamentos Jurídicos tenidos en cuenta para llegar a la conclusión final. En efecto, dicha sentencia lleva a cabo lo que llama una interpretación literal, sistemática y teleológica, no sólo de las normas a las que hemos hecho referencia hasta el momento (art. 12 del ET y R.D. 1991/1984), sino que también cita en su apoyo la disposición transitoria 2.^a 1 y artículo 3.1 de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, en la que, según la sentencia, no se hace referencia en ningún momento al concepto «día cuota» y cita también al artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social.

En ambas normas se contiene una referencia implícita a que para determinar el período de cotización exigible hay que computar todos los días cotizados. Así, el artículo 3.1 de la citada Ley 26/1985 establece que «la base reguladora de la pensión de jubilación será el

cociente de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante». Con lo cual, según la sentencia, se establece una correlación entre «base reguladora» y «bases de cotización del interesado», sin hacer alusión a que haya cotizado por la base reguladora correspondiente a jornada entera o a media jornada.

Finalmente, la sentencia concluye su tesis señalando que «es obligado computar todos los días cotizados con independencia de la base por la que se cotizó, y si ésta lo fue por jornada completa o media jornada, y en relación a ello determinar el período carencial, lo que resulta además de justicia equitativa, tanto para el trabajador como para la Entidad Gestora, pues la pensión que pueda corresponder a aquél estará en relación con la cuantía de lo cotizado, y la que debe pagar la Seguridad Social será proporcional a lo que ingresó el beneficiario; por todo lo anterior debemos computar a efectos carenciales como días cotizados todos los trabajados a media jornada ...».