

Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de
Seguridad Social
Notas al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea (Gran Sala), de 14 de abril de 2015. Caso
Cachaldora Fernández

Dealing equality between men and women on the subject of
Social Security. STJUE On April 14, 2015, Cachaldora
Fernández

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ
*PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

Resumen

En esta Sentencia, el TJUE resuelve que es compatible con el Derecho de la UE, y no discriminatoria, la normativa española que establece que, en el Régimen General de Seguridad Social, las lagunas de cotización posteriores a un periodo en que se ha cotizado a tiempo parcial se integraran con la base mínima de cotización para mayores de 18 años, reducida en la proporción en que esté reducida la jornada de trabajo.

Abstract

In this judgment, the TJUE decides that is compatible with EU law, and non-discriminatory, the Spanish legislation which provides that, in the General Social Security Scheme, the unlisted periods after a period in which contributions have been paid part-time these are integrated with the minimum contribution for those over 18 old years, but reduced in proportion to the workday reduced.

Palabras clave

Seguridad Social, pensión de Incapacidad, base de la pensión, integración de lagunas, discriminación

Keywords

Social Security, disability pension, reference to the pension, unlisted periods, discrimination

1. INTRODUCCIÓN

Una vez más el objeto de este estudio es analizar la posible discriminación en la legislación española en materia de Seguridad Social de las trabajadoras, las cuales pueden sufrir una discriminación indirecta en la regulación de la integración de los períodos en los que no ha habido obligación de cotizar tras un contrato a tiempo parcial, lo cual afecta negativamente a más mujeres que a hombre, todo ello al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 14 de abril de 2015, que resolvió el procedimiento prejudicial planteado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia sobre igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social, más concretamente, sobre el sistema de integración de lagunas de cotización en los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo.

2. RELATO FACTICO

La Sra. Cachaldora Fernández, en fecha de 10 de abril de 2010, había cotizado a la Seguridad Social española un total de 9.603 días¹, de los cuales 1.041 días lo fueron a tiempo parcial, concretamente, entre el 1 de septiembre de 1998 y el 23 de enero de 2002, fecha en la que se extingue la prestación de desempleo, pasando a lucrar el subsidio de desempleo, por lo que no cuenta con nuevos periodos de cotización durante el período comprendido entre el 23 de enero de 2002 y el 30 de noviembre de 2005, para posteriormente cotizar al Régimen Especial para Empleados del Hogar² durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2005 y el 10 de abril de 2010 en que se suman 1592 días más.

En fecha de 7 de abril de 2010 la Sra. Cachaldora Fernández causa baja por Incapacidad Temporal a causa de una enfermedad común, solicitando el día 21 de ese mismo mes el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente. El 28 de abril de 2012 le fue reconocida la pensión de Incapacidad en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de una enfermedad común, tras el dictamen de propuesta emitido dos días antes por el Equipo de Valoraciones de Incapacidades de la Dirección Provincial del INSS en Ourense, por la que se le reconoció una pensión que ascendía al 55 % de la base reguladora mensual, cuya cuantía era de 347,03 euros.

Para el cálculo de la base reguladora de la pensión se tomó como período de referencia, tal como establecía el artículo 140.1 a) del TRLGSS/94³, los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante, a saber, el período comprendido entre el 1 de marzo de 2002 y el 28 de febrero de 2010 y, tomando en consideración para dicho cálculo, por lo que respecta al período durante los cuales no existió obligación de cotizar comprendido entre marzo de 2002 y noviembre 2005, las bases mínimas de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años (artículo 140.4 del TRLGSS/94, en su versión en esa fecha⁴), aunque la integración de estas lagunas se vieron reducidas atendiendo la regla establecida en la Disposición Adicional séptima del TRLGSS/94⁵ y en el artículo 7.2 del RD 1131/2002, de 31 de octubre⁶, que establecía que en el caso de las pensiones de

¹ Tanto en las conclusiones del Abogado General como en la STJUE se hace referencia sólo a 5.523 días cotizados, ya que no se hace mención del periodo en que la actora cotizó en el Régimen Especial para Empleados del Hogar, que a fecha de 10 de abril de 2010, era de 1.592 días a jornada completa.

² A partir del 1 de enero de 2012 el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar se integró en el Régimen General como un Sistema Especial. Disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE núm. 184, de 2 de agosto. Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades;

³ Actualmente, artículo 197.1 a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴ Tras la modificación del artículo 140.4 del TRLGSS/94 por la Ley 27/2011 el artículo, recogida actualmente en el artículo 197.4 del TRLGSS/2015 se establece que las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima.

⁵ Actualmente, artículo 248.2 del TRLGSS/2015.

⁶ En este reglamento que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, incluye en este cálculo reducido de las bases que se integran también las incapacidades permanentes causadas por accidente no laboral.

incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración se llevará a cabo con la base mínima de cotización correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar. Es decir, integrando el período que no hubo cotizaciones con las bases mínimas, pero reducida a la proporción de la jornada a tiempo parcial por la que se cotizaba en el momento anterior al período en el que no existía obligación de cotizar, es decir, en el caso que nos ocupa, una octava parte de la base mínima que corresponde a cada mes, puesto que la cotización en ese período anterior fue del 12,5% de una jornada a tiempo completo.

La Sra. Cachaldora Fernández formuló contra esta Resolución la preceptiva reclamación administrativa previa ante la Dirección Provincial del INSS en fecha de 18 de mayo de 2010 y denegada por silencio administrativo. El 12 de julio tuvo entrada en el Juzgado de lo Social Decano de Ourense demanda contra el INSS y la TGSSS para que se le reconociera el derecho a la integración del período que no hubo cotizaciones con las bases mínimas para trabajadores mayores de dieciocho años en su cuantía íntegra y, por tanto, sin ningún tipo de reducción.

Mediante sentencia de 13 de octubre de 2010, el Juzgado de lo Social nº 2 desestimó su demanda y confirmó la resolución administrativa del INSS basándose en la aplicación literal del artículo 7, apartado 2, del Real Decreto 1131/2002 y en la disposición adicional séptima de la LGSS/94 que establecía que el período de lagunas debía *“cubrirse con la base mínima de cotización, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha que cesó la obligación de cotizar”*⁷.

Contra esta sentencia la Sra. Cachaldora Fernández interpuso el 15 de noviembre de 2010, recurso de suplicación, elevando el Juzgado de lo Social nº 2 los autos principales al Tribunal Superior de Justicia de Galicia –A Coruña–, con entrada el 3 de diciembre de 2010, con el objeto de examinar si ha habido infracción de normas sustantivas, al amparo del artículo 191 c) de la LPL⁸, concretamente, por la no aplicación del primer párrafo del artículo 140.4 del TRLGSS/94, es decir, la pretendida integración de la base mínima íntegra.

Por Auto de 10 de septiembre de 2013, y previa audiencia de las partes litigantes y del Ministerio Fiscal⁹, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia A Coruña presentó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el que se planteaba que la no integración de la base mínima íntegra podía suponer una discriminación indirecta por razón de sexo.

⁷ Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, 659/2010, de 13 de octubre de 2010. Magistrado-Juez Dña. María Isabel Gómez Balado. Fundamento de derecho primero, y único.

⁸ La Regulación del artículo 191 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, se encuentra actualmente en el artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre. Ley reguladora de la jurisdicción social. BOE 11 octubre 2011, núm. 245, [pág. 106584].

⁹ El cual se mostró favorable a ello, citando al efecto la STJUE de 22 de diciembre de 2012. Caso Elbal Moreno. Véase en comentario a esta sentencia a: García Ninet, José Ignacio y Vicente Palacio, María Arántzazu. Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social: el caso Elbal Moreno. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Núm. 102, 2013, págs. 241-270.

En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es contraria al artículo 4 de la Directiva [79/7] una norma interna, como es la disposición adicional 7ª, número 1, regla 3ª, letra b), de la [LGSS], que afecta mayoritariamente a un colectivo femenino y según la cual la cobertura de las lagunas de cotización existentes dentro del período de cálculo de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se realiza tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo anterior a la laguna de cotización, mientras que, si es a tiempo completo, no hay reducción?»

2) ¿Es contraria a la cláusula 5ª, apartado 1, letra a), del [Acuerdo marco] una norma interna, como es la disposición adicional 7ª, número 1, regla 3ª, letra b), de la [LGSS], que afecta mayoritariamente a un colectivo femenino y según la cual la cobertura de las lagunas de cotización existentes dentro del período de cálculo de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se realiza tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo anterior a la laguna de cotización, mientras que, si es a tiempo completo, no hay reducción?».

Mediante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2015 declara:

«1) El artículo 4, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción.»

2) El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que no entra dentro de su ámbito de aplicación una normativa de un Estado miembro que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo no se aplica tal reducción.»

Finalmente, en Sentencia de 8 de mayo de 2015 el Tribunal Superior de Justicia de Galicia A Coruña resuelve que a la vista de la contestación del TJUE y de la adecuación de

las normas españolas al derecho comunitario, la única conclusión acorde era desestimar el recurso de suplicación y confirmar la sentencia de instancia, pues en ella se aplicaban esas citadas normas que había validado el TJUE.

3. ANÁLISIS DE LA «RATIO DECIDENDI» DE LA SENTENCIA

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 4 de 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 Social¹⁰, por un lado, y de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP¹¹.

Así, el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE establece que el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social ha de suponer la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, particularmente, en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir, el cálculo de las contribuciones y de las prestaciones, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

Por su parte, la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial establece que, por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas, aunque, cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de «pro rata temporis».

En este mismo Acuerdo marco, la cláusula 5, apartado 1, letra a), establece que los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, deberían identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos. No obstante, en el preámbulo del presente Acuerdo también se reconoce que las decisiones relativas a los regímenes legales de Seguridad Social son competencia de los Estados miembros.

Respecto a la primera cuestión prejudicial, el TJUE reconoce que el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, que establece que el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social no se opone a la competencia de los Estados miembros para organizar sus

¹⁰ 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. Diario Oficial n° L 006 de 10/01/1979. pp. 24-25.

¹¹ Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES - Anexo: Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. DO L 14, 20.1.1998, pp. 9-14.

sistemas de Seguridad Social¹², aunque en el ejercicio de dicha competencia los estados deben respetar el Derecho de la Unión¹³.

Por consiguiente, el Tribunal señala, contrariamente a la opinión del Abogado General¹⁴, que el Derecho de la Unión no se opone, en principio, a la elección del legislador español de utilizar como base reguladora de la pensión de incapacidad permanente controvertida en el litigio principal un período de referencia limitado a ocho años y de aplicar un coeficiente reductor en aquellos casos en los que una laguna de cotización sea inmediatamente posterior a un período de trabajo a tiempo parcial¹⁵ y que ello no supone discriminación directamente basada en el sexo, dado que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras¹⁶, ni constituye una discriminación indirecta¹⁷, ya que no observa que perjudique principalmente a una categoría determinada de trabajadores, en concreto, a aquellos que trabajan a tiempo parcial, y, más concretamente, a las mujeres¹⁸.

En consecuencia, el TJUE en respuesta a la primera cuestión prejudicial resuelve que: *“el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción”*.

El TJUE llega a tal conclusión basándose, por un lado, en los datos que facilita el INSS que reflejan que en los años se vieron afectados, en valores absolutos, más trabajadores que trabajadoras¹⁹. Sin embargo, si observamos la siguiente tabla veremos que en valores relativos, es decir si lo ponemos en relación a la población activa de ambos sexos, se puede comprobar que son las mujeres las que mayoritariamente se vieron perjudicadas por esta forma de integrar las lagunas de cotización, concretamente entre un 5,2 y un 8,8 % más que los hombres.

¹² STJUE (Gran Sala), de 14 de abril de 2015. C-527/13. Fj. 25.

¹³ Véanse, en este sentido, las sentencias Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, apartado 92 y Somova, C-103/13, EU:C:2014:2334, apartados 33 a 35.

¹⁴ Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot, presentadas el 9 de octubre de 2014. http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=158498&occ=first&dir=&cid=68187. Punto 5.

¹⁵ STJUE, op. cit., Fj. 26.

¹⁶ Ibídem, Fj. 27.

¹⁷ De la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (véanse, en particular, las sentencias, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 56 y jurisprudencia citada, y Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 29).

¹⁸ STJUE, op. cit., Fj. 32 y 33.

¹⁹ Ibídem, Fj. 30, 32.

Tabla 1. Afectados por la integración de bases mínimas reducidas en el período 2010-2013

| Año | Número de activos | | Número de afectados | | Nº afectados por cada 100.000 | | % en el que afecta más a mujeres que a hombres |
|------|-------------------|------------|---------------------|---------|-------------------------------|---------|--|
| | Hombres | Mujeres | Hombres | Mujeres | Hombres | Mujeres | |
| 2010 | 12.959.400 | 10.405.200 | 5.935 | 5.066 | 45,8 | 48,7 | 5,9% |
| 2011 | 12.858.400 | 10.575.700 | 5.568 | 4.830 | 43,3 | 45,7 | 5,2% |
| 2012 | 12.739.600 | 10.704.200 | 5.566 | 5.129 | 43,7 | 47,9 | 8,8% |
| 2013 | 12.521.400 | 10.668.800 | 5.657 | 5.237 | 45,2 | 49,1 | 8,0% |

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE y los facilitados por el INSS en el litigio.

Por tanto, según la reiterada doctrina del TJUE, para probar la existencia de discriminación indirecta entre mujeres y hombres, según la jurisprudencia consolidada²⁰, no basta con aportar como medio de prueba el concreto número de personas afectadas, sino que además debe relacionarse con el número de trabajadores en activo existentes en el país y con la proporción de trabajadores masculinos y femeninos²¹, en cuyo caso, como se puede comprobar, son las trabajadoras las que están mayoritariamente más expuestas a esta forma de cálculo tan perjudicial para sus expectativas de conseguir una pensión adecuada y suficiente.

Aunque como reconoce la doctrina judicial del TJUE²², es el órgano jurisdiccional remitente el que debe apreciar la existencia de una discriminación indirecta y examinar si los datos estadísticos²³ en los que ha de basarse son suficientes para resolver el litigio y son válidos.

Así, si recordamos la doctrina del Tribunal Constitucional²⁴, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que: *“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo –declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias– no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de*

²⁰ Vid. Sentencia Seymour-Smith y Pérez (C 167/97, EU:C:1999:60, apartado 59).

²¹ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina. La jubilación de los trabajadores a tiempo parcial: vicisitudes de una ordenación en la línea roja de la protección social. Consideraciones críticas y propuestas de mejora. *Revista de Información Laboral*, núm.11/2015 parte Art. Doctrinal. LEX NOVA, Valladolid. 2015.

²² Véase la sentencia Seymour-Smith y Pérez (C 167/97, EU:C:1999:60, apartado 62 y la jurisprudencia citada).

²³ En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente basa su apreciación en los datos estadísticos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística. Según esos datos, el colectivo de trabajadores a tiempo parcial estaba compuesto por más de un 80 % de mujeres en el momento del hecho causante de que se trata en el litigio principal. Si bien en el año 2013 se reduce al 73 %. Estos datos indican que un porcentaje mucho mayor de trabajadoras que de trabajadores puede verse afectado por la aplicación de la normativa en cuestión.

²⁴ Sentencia del tribunal Constitucional (Pleno), núm. 22/1981 de 2 julio. Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 223/1980. Ponente: Doña Gloria Begué Cantón. (RTC 1981\22).

*dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida*²⁵.

Además el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 2014²⁶ señala que, “*el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable*”²⁷.

Por tanto, como reconoce la jurisprudencia de este alto Tribunal²⁸, lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, y que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean desproporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

Parece que, según los datos presentados, estos constituyen un indicio fiable y significativo que permite fundamentar la conclusión de que un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores puede efectivamente verse perjudicado por la aplicación del mecanismo corrector en cuestión, lo que supone una situación excesivamente gravosa y que perjudica a un mayor número de mujeres que de hombres.

Sin embargo, respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, cabe decir que la doctrina del Tribunal Constitucional²⁹, en relación al art. 41 CE, convierte a la Seguridad Social en una función estatal para la protección de situaciones de necesidad, cuyas situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales, pudiendo el legislador adaptarlas a las necesidades del momento³⁰. Por ello, el Tribunal Constitucional reconoce que los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la

²⁵ *Ibíd*em, Fj. 3º.

²⁶ Véase como comentario a esta doctrina a PANIZO ROBLES, José Antonio. La integración de lagunas de cotización en el caso de trabajadores a tiempo parcial, no es inconstitucional, aunque la demandante sea una mujer (STC de 28 de mayo de 2015). *Aranzadi digital* núm.1/2015 parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 156/2014 de 25 septiembre. Cuestión de Inconstitucionalidad 3361/2012. Ponente: Don Luis Ignacio Ortega Álvarez. (RTC\2014\156). Fj 4º.

²⁸ SSTC 200/2001, de 4 de octubre (RTC\2001\200), FJ. 4º, y 88/2005, de 18 de abril (RTC\2005\88), FJ. 5º.

²⁹ Sintetizada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/2003, de 30 de octubre (RTC\2003\197), FJ.3º.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1987, de 21 de mayo (RTC\1987\68). FJ. 17.

regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento de los derechos reconocibles al amparo de los principios constitucionales³¹.

En segundo lugar, el TJUE fundamenta la inexistencia de discriminación indirecta en la circunstancia, por otro lado lógica, que no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en la que se produjo el hecho causante, cuando dicha interrupción es inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial³².

Pero lo que más llama la atención es que el Tribunal considere como fundamentación la posibilidad, tal y como señalaron el INSS, el Gobierno español y la Comisión Europea³³, que esta medida pueda también favorecer a algunos trabajadores a tiempo parcial que hubieran trabajado mayoritariamente a tiempo parcial y, que sin embargo, se les integren las lagunas de cotización sin reducción debido a que en el período anterior cotizaron a tiempo completo, aunque éste represente una pequeña parte de su vida laboral, precisamente al contrario de la actora que la mayor parte de su carrera de cotización es a tiempo completo.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, el TJUE señala que la pensión controvertida en el litigio principal es una pensión sujeta al régimen legal de Seguridad Social. En consecuencia, como señaló el Abogado General en los puntos 25 y 29 de sus conclusiones, no puede considerarse que dicha pensión sea una condición de empleo en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁴, se excluye de tal concepto, las pensiones legales de Seguridad Social³⁵, y, por consiguiente, no entra dentro de su ámbito de aplicación³⁶. Lo contrario supondría imponerles obligaciones en materia de política social general relativas a medidas que no entran dentro del ámbito de aplicación de dicho Acuerdo marco³⁷.

Además, el Tribunal fundamenta también su fallo en que la disposición nacional controvertida no afecta a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas inmediatamente después de un período de trabajo a tiempo parcial. Reiterando la ventaja que supone para los trabajadores que, a pesar de haber trabajado a tiempo parcial durante gran parte de su carrera profesional, trabajaban a tiempo completo inmediatamente antes de la laguna de cotización, por lo que esta

³¹ SSTC 65/1987, de 21 de mayo (RTC\1987\65), FJ. 17º y 149/2004, de 20 de septiembre (RTC\2004\149), FJ. 5º.

³² STJUE, op. cit., Fj. 30.

³³ Según señala el Abogado general (conclusión 51) la Comisión sostiene que, en muchos casos, la metodología establecida por la disposición controvertida puede resultar muy favorable para los trabajadores a tiempo parcial cuando el último contrato que precede a un período de inactividad profesional es un contrato a tiempo completo. La propia Comisión señala que los períodos de inactividad profesional se asimilan al período inmediatamente anterior como si en ellos se hubiesen realizado prestaciones equivalentes.

³⁴ Sentencia Elbal Moreno C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 21 y Sentencia Bruno C 395/08 y C 396/08, EU:C:2010:329.

³⁵ Así lo reconoce el Abogado general en sus conclusiones (32) cuando señala que los Estados de la UE han querido excluir del ámbito de aplicación del Acuerdo marco cuestiones como la controvertida en el caso de autos relativa al cálculo de la cuantía a la que se tiene derecho en concepto de pensión de incapacidad permanente.

³⁶ STJUE, op. cit., Fj. 37.

³⁷ *Ibidem*, Fj. 39.

aleatoriedad no puede considerarse un obstáculo jurídico que limite las posibilidades de trabajar a tiempo parcial³⁸.

Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo³⁹, en una situación similar, reconocía que se produce una anomalía, pues si el trabajador en lugar de prestar servicios a tiempo parcial hubiera permanecido inactivo, se hubiera aplicado la integración de lagunas con las bases mínimas a tiempo completo, con lo que el empleo a tiempo parcial se desincentiva desde el momento en que a efectos de las pensiones de la Seguridad Social la inactividad tiene un tratamiento más favorable que la actividad a tiempo parcial.

En todo caso, como señala el Tribunal Constitucional⁴⁰ no resulta contrario al art. 14 CE 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, por lo que es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas.

Por tanto, el principio de contributividad que informa el sistema de Seguridad Social implica que debe existir una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por los trabajadores, lo que justifica⁴¹ que el legislador establezca que la base reguladora de las prestaciones se calcule en función de lo efectivamente cotizado.

4. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

No es discutido que los Estados de la Unión Europea son los competentes en la regulación de las prestaciones de Seguridad Social y, por tanto, para establecer la integración de los períodos durante los cuales no se ha cotizado al régimen de Seguridad Social fundándose en bases de cotización reducidas, por haber ejercido una actividad a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a la interrupción de dichas cotizaciones; por tanto, la integración reducida depende de la naturaleza del último contrato que precede a la interrupción de las cotizaciones.

Sin embargo, los Estados, en el ejercicio de esta competencia, deben garantizar la supresión de las discriminaciones contra las trabajadoras y contra los trabajadores a tiempo parcial, como así reconoce el órgano jurisdiccional remitente que sostiene que la normativa discutida conduce a establecer una diferencia injustificada en la cuantía de la pensión a la que se tiene derecho, entre el colectivo de trabajadores a tiempo parcial, que, según el órgano jurisdiccional remitente, está compuesto mayoritariamente por mujeres, y el de trabajadores a tiempo completo.

³⁸ *Ibidem*, Fj. 40.

³⁹ Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 2012. En Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1480/2011, el Ponente: Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en orden a determinar si el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la DA 7 de la Ley General de Seguridad Social es inconstitucional.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 253), FJ 6.

⁴¹ *Ibidem*, FJ 8.

En todo caso, la disposición controvertida se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, de modo que no establece discriminaciones directamente basadas en el sexo. Sin embargo, parece que introduce una discriminación indirecta contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 ya que, a la luz de los datos estadísticos que caracterizan la situación de la mano de obra en España, perjudica de hecho a un porcentaje mayor de mujeres que de hombres, lo cual debería ser justificación suficiente para que el órgano judicial remitente estimara que se da una situación de discriminación indirecta por razón de género, pero contrariamente la reciente doctrina del Tribunal Constitucional no aprecia tal discriminación en la forma de integrar las lagunas de cotización posteriores a periodos de cotización a tiempo parcial.

Por otro lado, sí se puede cuestionar si se cumple con el principio de contributividad cuando, como en el presente asunto, la interesada ve reducida la base mínima a pesar de que ejerció una actividad a tiempo completo durante una gran parte de su carrera profesional y cotizó consecuentemente al régimen de Seguridad Social.

Como reconoce el abogado General en sus conclusiones (núm. 55) el método de cálculo establecido en la disposición adicional séptima, apartado 1, tercera regla, letra b), de la LGSS/94 da lugar a una desventaja para los trabajadores que han ejercido una actividad a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a una interrupción del abono de sus cotizaciones al régimen de Seguridad Social.

La integración de lagunas de cotización de forma proporcional a la jornada a tiempo parcial realizada obedece a un principio de lógica y equilibrio de la acción protectora de la Seguridad Social, que determina que la protección de dicho sistema nunca puede exceder de la previa contribución al mismo, con respeto a los principios de contributividad y proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado, es conforme a las exigencias del Derecho de la Unión, aunque este mismo criterio de proporcionalidad obligaría a calcular la reducción de la base mínima con el que se integran las lagunas de cotización computando la totalidad de las cotizaciones abonadas por dicho trabajador durante su carrera profesional y no sólo la jornada trabajada en el contrato inmediatamente anterior a la laguna de cotización, lo que puede dar lugar a resultados totalmente desproporcionados cuando el contrato a tiempo parcial representa una pequeña parte de la totalidad de la carrera profesional del trabajador afectado.

En todo caso, si bien los textos legales regulan el contrato de trabajo a tiempo parcial y la acción protectora de quienes desempeñan su actividad bajo esa modalidad contractual, de acuerdo con los principios de igualdad de trato y no discriminación respecto de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad y de contributividad propio del sistema de Seguridad Social, algunos Tribunales⁴² han entendido que no podía aplicarse una regla como la discutida cuando el periodo de trabajo a tiempo parcial ha sido irrelevante en relación al período trabajado a

⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2849/2004 de 14 abril (AS\2004\1881). Recurso de Suplicación 2272/2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá; Criterio que fue ratificado en Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 octubre 2011 (RJ 2012\1221). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4444/2010. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel; y recogido en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 3993/2013 de 5 junio. (JUR 2013\262029). Recurso de Suplicación núm. 5835/2012. Ponente: Ilmo. Sr. D Sebastián Moralo Gallego.

tiempo completo⁴³ y, por tanto, que según el principio «Summum ius summa iniuria», no debe darse situaciones injustas en que pueda ser más beneficioso un período de inactividad que uno de cotización a tiempo parcial o más beneficioso haber cotizado casi toda la carrera a tiempo parcial pero con un corto período cotizado a tiempo completo inmediatamente anterior al período sin obligación de cotizar que haber cotizado casi toda la vida laboral a tiempo parcial y contar con un pequeño período de cotización a tiempo parcial que produzca la integración de la base mínima en proporción a este tiempo de trabajo en jornada reducida.

Además, como señala el Auto del Tribunal Supremo⁴⁴, la forma de integrar las lagunas de cotización posteriores a períodos de cotización a tiempo parcial, discutida en este caso, podría tener sentido si el contrato a tiempo parcial fuera una opción voluntaria y libremente elegida por los trabajadores, pero si no lo es, el trabajador resulta perjudicado de forma desproporcionada por la aceptación de un contrato a tiempo parcial como forma de salir de una situación de desempleo, que en el futuro puede suponer la reducción en la base de cotización con que se integre los períodos sin obligación de cotizar, lo cual no sucedería si permanece inactivo.

5. CONCLUSIONES

Toda lógica y cualquier principio de justicia social llevarían a pensar que es del todo injusta y desproporcionada la forma de integrar los períodos en los que no ha habido obligación de cotizar posteriores a cotizaciones a tiempo parcial, pero también hay que decir que igualmente injusto lo es que en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, como en el numeroso Régimen de Trabajadores Autónomos no exista ningún tipo de integración de las lagunas de cotización.

Pero lo que es del todo inadmisibles es que la regulación legal cause situaciones de discriminación directa o indirecta como es la situación la cual ha sido enjuiciada, en que una insuficiente presentación o alegación y defensa de los datos estadísticos ha llevado a entender al TJUE que las consecuencias negativas de la regulación discutida no perjudicaba a un mayor número de mujeres que de hombres. Bastaría que la judicatura y los tribunales superiores se dieran cuenta de cual es la muy dura realidad social y económica –en donde las mujeres de escasa formación no trabajan a tiempo parcial porque así lo deseen, sino porque no hay más cera que la que arde en Ourense, en Lugo y en otros rincones de España– en donde se trata de aplicar una norma tan regresiva como la que estamos considerando, para que también se hubieran acordado de lo que previene el art. 3 de nuestro Código Civil, e incluso de la tan olvidada equidad, pues lo único que nos dice el art. 3.2 del citado Código Civil es que las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita. Aquí, junto a múltiples consideraciones también podrían haberse acordado de la equidad, pues lo que ha ocurrido es que “les dura lex, sed lex”; o sea legislación pura y dura sin tener en cuenta el tiempo, el lugar ni las circunstancias en que se aplica tan dura normativa para los obreros más indefensos.

⁴³ Aunque Fernández Domínguez, Juan José señala que esa integración de las lagunas como si el último contrato fuera a tiempo completo cuando en realidad éste fue a tiempo parcial, aunque por un período ínfimo, no deja de ser una interpretación excepcional y, aun su finalidad humanitaria, no puede ser compartida una interpretación que considere ese periodo cotizado a tiempo parcial, por corto que sea, como si fuera una laguna de cotización. Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC\2014\151). *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Núm 2, Laborum: 2015. P. 119.

⁴⁴ Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 2012.