Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC\2014\151)* Integration of gaps of contribution on part-time contracts (STC 151/2014, 25 september, RTC\2014\151)

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

Al calor de un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional que afirma el carácter razonable, objetivo, no aleatorio y no discriminatorio de la norma que regula la integración de lagunas de cotización para los trabajadores a tiempo parcial, el presente estudio no sólo cuestiona las bases del pronunciamiento, sino que va más allá: denuncia la urgente necesidad de un modelo acabado destinado a regular la protección social de este colectivo.

Abstract

Taking advantage of a recent judgment of Constitutional Court that confirm the rule designed to regulate the integration of gaps of contributions for part-time workers is reasonable, objective, non random and non-discriminatory, this research not only discusses the foundations of judicial ruling, but goes far beyond: the paper denounces the urgent need for a complete model to organize the social protection of this group.

Palabras clave

Seguridad Social; lagunas de cotización; trabajadores a tiempo parcial.

Keywords

Social Security; gaps of contribution; part-time workers.

1. CONTEXTO (LA FALTA DE UN MODELO) Y PRETEXTO (UNA DISCUTIBLE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL) PARA UNA CUESTIÓN ABIERTA

Si bien el trabajo a tiempo parcial ha estado presente siempre en el tejido productivo, ni su recepción legal expresa como fórmula contractual con entidad propia a comienzos de los 80, ni el hecho de pasar de ser una modalidad esporádica o excepcional de prestar servicios a convertirse en una forma de vida laboral para millones de personas, principalmente mujeres, han conseguido dotarlo de la necesaria estabilidad institucional.

Los continuos vaivenes normativos, con decenas de cambios de diferente entidad (desde modificaciones trascendentales a simples retoques) y obedientes a muy diversas orientaciones, acompañados –en numerosas ocasiones– de la pervivencia de situaciones transitorias, dan pie a un régimen jurídico proceloso, complejo y ciertamente lábil, donde

* El presente estudio se inscribe dentro de los Proyectos de Investigación “Juventud y experiencia en el fomento del empleo y del emprendimiento: un reto para Europa y para España. Subproyecto: Marco jurídico del empleo de los trabajadores jóvenes”, del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2013-48120-C3-1-P) y del Proyecto “Salud mental de los trabajadores en el tejido empresarial de Castilla y León: estrategias preventivas y tutela reparadora” financiado por la Junta de Castilla y León (LE091U14).

más allá de una raíz común, no cabe descubrir un tronco único con fuste, y sí distintas ramas que se diversifican sin una mano que las oriente con el debido tino¹.

Tan complicado asentamiento en el sistema español de relaciones laborales, la fragmentación de estatutos y la heterogeneidad de situaciones en función de las fechas y normativas bajo las cuales se concertó el contrato necesariamente han de encontrar reflejo en las reglas de protección social que van a acompañarlo, pues si en Derecho del Trabajo no ha dejado de ser una variante atípica, aún más singular va a ser su posición en el ordenamiento de la Seguridad Social, construido –también– sobre la realidad socio-laboral de un trabajador varón, cabeza de familia y con contrato indefinido a tiempo completo².

De este modo, y aunque desde el inicio se tuvo claro cuál había de ser el patrón llamado a presidir el traspaso de la nueva forma de trabajo al ordenamiento de Seguridad Social, su articulación concreta ha sido fuente continua de problemas. El principio de proporcionalidad, como proyección en el trabajo a tiempo parcial de otro principio del Sistema, el de contributividad, era el llamado a intervenir tanto a la hora de computar los períodos de carencia como en la determinación de las bases reguladoras para el cálculo de las prestaciones (en tanto había de actuar sobre un referente de aportaciones menguadas y que acusaban el impacto del menor tiempo trabajado y, por consiguiente, de la cotización inferior). “Doble proporcionalidad” –según ha sido definida– que, al crear una evidente diferencia de trato con el trabajador a tiempo completo, siempre ha necesitado elementos de corrección para que el resultante pudiera ser considerado razonable y justificado (evitando, así, cualquier calificación de discriminatorio); equitativo, además, si puesto en conexión con los parámetros que definen financieramente la estructura global.

Conforme cabe comprobar, por tanto, no existe un reajuste o una redefinición en el modelo de partida general para dar cabida a este asunto singular (tampoco un concepto propio y distinto al laboral a efectos de Seguridad Social³), sino que el trabajo a tiempo parcial se incrusta en todos sus ámbitos y a todos los efectos con las peculiaridades que en cada momento se han considerado oportunas en orden a acomodar el norte difuso de la proporcionalidad a la proyección derivada de unas reglas previstas para el trabajo a tiempo completo.

Ello trae consigo un lento proceso de ensamblaje, para aquilatar en su justo término un nivel de prestaciones fuertemente inspirado en el principio de contributividad (y una tutela directamente relacionada con la actividad profesional del sujeto a proteger, su duración y la naturaleza de los recursos o ingresos que determinan las cotizaciones) y el afán por

¹ Dando cuenta del panorama, entre muchos, el breve pero –pese al transcurso de los años– harto ilustrativo ensayo de CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial; ámbito subjetivo y situaciones afectadas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, 2003, BIB 2003/430.

² Tesis unánimemente compartida, cuyos efectos, por cuanto interesa al discurso que sigue, pueden apreciarse en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social (Antiguos y nuevos problemas de igualdad por razón de sexo)*, Madrid, La Ley, 1999, págs. 59 a 62.

³ Atendiendo a alguna sugerente propuesta que últimamente sistematizan, desde la propia Administración de la Seguridad Social, LLORENTE ÁLVAREZ, A. y DEL VALLE DE JOZ, J. I.: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial. Jurisprudencia reciente y alternativas de reforma”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2013, BIB 2013/1251, pág. 8.

lograr la mayor asimilación –cuando y en cuanto sea posible– al trabajo a tiempo completo, intentando evitar que un tratamiento meramente desigual pase a ser considerado discriminatorio, conforme por otra parte establece, bajo la forma de “condiciones equivalentes”, el Convenio núm. 175 OIT.

Periplo cuyo resultante final, construido por aluvión y con sedimentos bajo forma de preceptos que responden a distintas épocas, ha discurrido en permanente dialogo con los Tribunales, cuyo criterio, en no pocas ocasiones, han servido para dotar de complitud o sentido pleno a las normas y, en algunas otras, para llevar a su modificación, ora para hacer respetar el principio de jerarquía normativa⁴, ora –y es cuanto aquí interesa– para declarar que la regulación vigente en cada momento era contraria al principio de igualdad; es decir, que la proporcionalidad no había encontrado en la ley un justo equilibrio a los intereses en presencia.

Al recuerdo vienen de inmediato dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que hacen frente a tal realidad. El primero de ellos declara inconstitucional, y consiguientemente nula, la previsión a tenor de la cual para la determinación de los períodos de cotización se habían de computar exclusivamente las horas trabajadas, pues con ello se afectaba al principio de igualdad ante la ley desde la perspectiva de la proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado obtenido y la finalidad pretendida⁵. El segundo, más próximo en el tiempo, tiene a la vista la autoridad del parecer del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual declara la existencia de una discriminación prohibida por la Directiva 79/7/CEE en la aplicación de la norma española cuando establecía una doble proporcionalidad para el acceso y determinación de la cuantía de la prestación de los trabajadores a tiempo parcial, en tanto implicaba que se les exigiera un período de cotización proporcionalmente mayor al demandado a los trabajadores a tiempo completo, requisito que operaba en su mayor parte en contra de las trabajadoras, constituyendo así una discriminación indirecta⁶. A su luz, el máximo intérprete de la Constitución considera que las reglas del ordenamiento español referidas al cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para acceder a la pensión de jubilación no permitían superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidas por el art. 14 CE, y ni siquiera las medidas correctoras que en su momento introdujo el legislador (incremento de los períodos de cotización mediante la aplicación de un coeficiente del 1,5) conseguían evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma podía conducir⁷.

⁴ STS de 26 de mayo de 1993 (RJ\1993\6374), que declaró nula, por vulneración del principio de jerarquía normativa, la Resolución de la Subsecretaría de Seguridad Social de 1 de febrero de 1982, de conformidad con la cual (regla 3ª en particular) la acción protectora de estos trabajadores se fundaba en el principio de proporcionalidad, reconociéndoles los mismos derechos de Seguridad Social que a los trabajadores a tiempo completo, pero en estricta proporción al esfuerzo de cotización realizado. La situación se solventó dictando una nueva disposición con rango suficiente (disposición adicional 9ª RD 2319/1993, de 29 de diciembre) que mantuvo el contenido de la normativa anterior.

⁵ STC 253/2004, de 22 de diciembre (RTC\7004\253). Sus efectos, sin embargo –y como se verá–, apenas si fueron sentidos, pues con anterioridad al pronunciamiento el legislador ya había proporcionado nueva redacción correctora a través del RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre.

⁶ STJUE 385/2011, de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno* (TJCE\2012\357).

⁷ STC 61/2013, de 14 de marzo (RTC\2013\61).

En este contexto cabe situar el objeto del presente estudio, tomando como pretexto la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve el Tribunal Constitucional relacionada con la interpretación de lagunas de cotización en la carrera de seguro de los trabajadores a tiempo parcial. Aspecto muy concreto dentro del panorama general descrito, pero que permitirá un triple objetivo:

En primer lugar, unirse a la práctica unanimidad de voces que claman por una regulación sistemática destinada a abordar de manera íntegra la posición del trabajo a tiempo parcial en el ordenamiento de la Seguridad Social; dejarse de retoques puntuales forzados por las circunstancias, o al calor de reformas con otros objetivos, para afrontar cuanto no deja de ser un goteo continuo de ejemplos sobre la ausencia de un arquetipo acabado.

En segundo lugar término, describir la regulación actual de esta específica materia, dando cuenta de cómo opera con carácter general y de las variantes y –sobre todo– problemas que suscita cuando queda referida a este colectivo ciertamente diverso.

Por último, y sobre el tenor de cuanto aborda el pronunciamiento constitucional, plantear vías de solución a lo que, se entiende, ha quedado solventado únicamente con carácter provisional.

2. SOBRE LAS OPORTUNIDADES PERDIDAS Y DE LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN SISTEMÁTICA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Después de más de treinta años de rodaje no existe justificación posible, sino la falta de voluntad, a la ausencia de una respuesta desde la ley globalmente satisfactoria respecto a la inclusión en el Sistema y acción protectora de los trabajadores a tiempo parcial.

Hace más de quince, quien suscribe –al calor, entonces, del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1996– ya apuntaba cómo se trataba de uno de los aspectos esenciales en la configuración del modelo legal que, si bien admitía diversas soluciones, exigía un posicionamiento claro y con un amplio consenso sobre la conexión o interacción entre la tríada dada por la equidad (adecuación) / la contributividad (cotización) / y la proporcionalidad derivada del esfuerzo contributivo (cuantía de las prestaciones)⁸.

Obraba, a aquellas alturas, un importante asenso sobre lo inadecuado del rumbo adoptado, en particular por mor de la proporcionalidad estricta que recogía el art. 12.4.2º ET, en la versión dada por el RD Legislativo 1/1995 (“para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas”); a tal punto que resultaba verdaderamente chocante con las recomendaciones contenidas en el *Pacto de Toledo* del mismo año, entre las cuales cabría leer que “las prestaciones debían guardar una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado [sin especificar, no obstante,

⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (A propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 81, 1997, pág. 14.

si el mismo debía ser sopesado desde una perspectiva temporal, cuantitativa o desde ambas] para evitar situaciones de falta de equidad. Es preciso que las técnicas de cálculo de las pensiones contributivas permitan en el futuro y de forma progresiva que quienes realizan similar esfuerzo de cotización alcancen prestaciones equivalentes”.

La reforma de 1998 y 1999 (RD Ley 15/1998 y RD 144/1999) mantuvo tal norma, aun cuando recolocándola en la disposición adicional 7ª LGSS (y sin incluir la prestación de desempleo, lo cual permitía mantener en vigor su normativa reglamentaria más favorable –art. 3.4 RD 625/1985⁹–) y moderando en parte sus efectos para facilitar el acceso a determinadas prestaciones (jubilación e incapacidad permanente), mediante el reconocimiento del beneficio consistente en un coeficiente multiplicador (1,5) a la carrera de seguro de trabajador expresada en términos de cotización a tiempo completo, consiguiendo por esta vía ampliar el número de días teóricos de cotización computables. Precisamente esta dulcificación sirvió para que, en un primer momento de enjuiciamiento, el Tribunal Supremo considerara que la nueva situación normativa no era discriminatoria¹⁰.

Con todo, la revisión del *Pacto de Toledo* de 2003 incluye una recomendación adicional sobre “nuevas formas de trabajo y desarrollo profesional” que apuesta por estudiar, sin merma del principio básico de contributividad, la situación de los trabajadores a tiempo parcial. Propuesta no materializada en ninguna medida concreta, pero que da cuenta de la preocupación por la situación detectada, aun cuando –curiosamente– en su revisión de 2011, y sin ningún avance legal destacado, únicamente se limite a reiterar la propuesta de reforzar el principio de contributividad como elemento básico de preservación del principio de equidad y del equilibrio financiero del Sistema, sin que nada concrete sobre el avance del estudio aconsejado hacía ocho años.

Y, sin embargo, mediaba ya una importante advertencia que provenía de la primera declaración de inconstitucionalidad acaecida en 2004, por más que sin trascendencia legal directa al haber sido previamente modificado el entonces art. 12.4.2º ET (no así la disposición adicional 7ª LGSS, de similar contenido) a través del RD Ley 15/1998. En ella se contenía un doble aviso con fuerza expansiva indudable: atención, de un lado, al criterio de proporcionalidad utilizado, pues podría contrariar –y no sólo en el supuesto enjuiciado– el principio de igualdad; de otro, a la evidente feminización de esta modalidad contractual, en tanto era factible que pudiera conducir a apreciar una discriminación indirecta por razón de género.

⁹ El cual considera cada día trabajado –con independencia del número de horas trabajadoras– como día cotizado. El mantenimiento de su vigencia (pues su inclusión en aquel art. 12.4.2º ET dependía de un desarrollo reglamentario nunca producido y en ningún momento se produjo su derogación formal) en la muy fundada –por referencia a la STS 3 noviembre 1994 (RJ\1994\8589)–, STS de 10 de noviembre 2010 (RJ\2010\7880). Un análisis bien documentado y argumentado en CABEZA PEREIRO, J.: “La carencia en el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 20, 2011, BIB 2010/3245.

¹⁰ En una serie de pronunciamientos que abrieron las SSTs de 16 de octubre de 2007 (RJ\2007\9397) y 11 de febrero de 2008 (RJ\2008\2780). Un comentario crítico de enjuiciamiento en LÓPEZ GANDÍA, J.: “Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 47, 2009, págs. 173 y ss.

De nada sirvieron las numerosas aportaciones doctrinales que, reflexionando sobre tal pronunciamiento, coincidían todas en el diagnóstico¹¹; tampoco –y es más grave– que se hubieran suscitado una cuestión prejudicial ante el TJUE¹² y dos cuestiones de constitucionalidad más¹³. El indudable alivio de la línea jurisprudencial que sirvió de aval a la reforma de 1988-1999 hizo que el legislador mantuviera la regulación en los mismos términos, y tan sólo en la disposición adicional 29ª Ley 27/2011 ordenara al Gobierno que, antes de finalizar el ejercicio de 2013, abordara en su integridad la realidad y la incidencia del trabajo a tiempo parcial en el ámbito laboral y en el de la Seguridad Social.

Quizá en esta última decisión pesara el amplio eco que entre la doctrina científica había tenido un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaecido en 2010 respecto a la normativa italiana en la materia, por su paralelismo evidente con la situación legal y problemas detectados en el ordenamiento español¹⁴. Y razones tenía para estar preocupado, pues, resolviendo la cuestión prejudicial arriba aludida, el órgano judicial supranacional sienta sin ambages, en 2012, que se opone a la Directiva 79/7 la normativa española “que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en contraposición con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”. Añade, para ganar en contundencia, por un lado, cómo “ningún elemento permite concluir que la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de la posibilidad de obtener una pensión de jubilación constituya una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo (...) y que ninguna otra medida menos gravosa para esos mismos trabajadores permite alcanzar ese objetivo”; por otro, que su conclusión “no queda desvirtuada por la alegación según la cual las dos medidas correctoras del cómputo del tiempo de trabajo [alegadas por el INSS y expuestas ya en el presente discurso] tengan por objeto facilitar el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, [pues] no consta que esas dos medidas correctoras tengan el menor efecto positivo en la [su] situación”¹⁵.

¹¹ Entre otras, seleccionadas por la contundencia de sus conclusiones, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2005, págs. 305 y ss.; TÁRREGA POVEDA, J.: “La inconstitucional penalización del trabajo a tiempo parcial”, *Revista de Derecho Social*, núm. 28, 2004, págs. 131 y ss. o GRACIA ALEGRÍA, G.: “Cómputo de los períodos de cotización en el trabajo a tiempo parcial”, *Tribuna Social*, núm. 172, 2005, págs. 49 y ss.

¹² Elevada por Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 4 de julio de 2011 (Pto. 115\2010).

¹³ AATSJ Galicia 13 agosto 2003 (Rec. 5169\2000) y Murcia 8 enero 2007 (Rec. 107\2006).

¹⁴ STJUE 395 y 396/2008, de 10 de junio de 2010, asuntos acumulados *Bruno y Pettini* (TJCE) 2010/171). Sobre su evidente proyección sobre el ordenamiento español basten, por ejemplo, los atinados comentarios de RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “Prohibición de discriminación entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial: cómputo del trabajo a tiempo parcial vertical en la pensión de jubilación”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2010, págs. 1909 y ss.; LOUSANA AROCHENA, J. F.: “Tiempo parcial y períodos de carencia (A propósito de la STJUE 10 de junio de 2010)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2010, BIB 2010/486 o FOTINOPOULO BASURKO, O.: “La definitiva superación de la discriminación sobre los trabajadores a tiempo parcial en materia de protección social (Comentario a la sentencia del TJUE de 10 de junio de 2010)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (iustel)*, núm. 23, 2011, págs. 1 y ss.

¹⁵ Comentando la STJUE 385/11, de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno*, (TUE\2011\385), entre una pléyade de autores que se han acercado a su contenido, GARCÍA NINET, J. I. y DE VICENTE PALACIO, A.: “Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social: el caso Elbal Moreno”, *Revista del Ministerio de*

Los pilares sobre los que se asentaba la endeble estructura destinada a ordenar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial sufrieron un duro embate, que tuvo su continuación en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2013¹⁶, cuando, tras declarar la nulidad de la primera de las reglas cuestionadas, acusándola incluso de ser “potencialmente más perjudiciales que el criterio establecido en la regulación precedente” (atender a los días teóricos de cotización, obtenidos mediante la operación de dividir el número de horas trabajadas entre cinco), y tratar de suavizar su pronunciamiento sobre “la regla propiamente correctora”, el coeficiente multiplicador de 1,5 (en tanto, sin duda, facilita “el acceso a la protección de aquellos trabajadores a tiempo parcial con jornadas de trabajo de duración más elevada, así como de aquellos en cuya vida laboral los períodos de trabajo a tiempo parcial representan una pequeña proporción respecto del conjunto”), no puede sino acabar reconociendo cómo, “cuando el trabajo a tiempo parcial no sea un episodio más o menos excepcional en la vida laboral del trabajador y cuando la jornada habitual del mismo no resulte muy elevada, la aplicación del criterio de proporcionalidad seguirá, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado para su acceso a la pensión de jubilación”. En consecuencia, esta diferenciación con los trabajadores a tiempo completo en cuanto hace a la carencia como requisito para acceder a una prestación contributiva de la Seguridad Social es “arbitraria” y “conduce a un resultado desproporcionado”, vulnerando el derecho a la igualdad y, al incidir predominantemente en el sexo femenino, provocando también una discriminación indirecta por razón de sexo¹⁷.

La anulación de la regla segunda del apartado 1º de la disposición adicional 7ª LGSS creó un preocupante vacío legal, una “situación de incertidumbre” para el colectivo¹⁸ (salvada, desde el punto de vista interno de la Administración –cuya gestión no puede pararse–, a base de instrucciones en las cuales se llegaba a incluir el “bloqueo” del expediente¹⁹), que requería una urgente actuación del legislador para –acudiendo a sus propios términos– “integrar las lagunas” creadas, en este caso, no por vacíos en la cotización, sino por ausencia de norma.

Con presteza, el Secretario de Estado de Seguridad Social presentó a la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo una propuesta de modificación legal sobre la cual se

Empleo y Seguridad Social, núm. 102, 2013, en especial pág. 252, y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012”, *Revista General de Derecho Europeo (iustel)*, núm. 31, 2013, págs. 1 y ss.

¹⁶ Con continuidad en las SSTC\ 1 y 71/2013, de 8 de abril (RTC\2013\71 y 72) y 116 y 117/2013, de 20 de mayo (RTC\2013\116 y 117).

¹⁷ Restringiendo las citas de una sentencia ampliamente comentada, permita el lector la selección del análisis efectuado por GÓMEZ GORDILLO, R.: “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual. Revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47, 2014, págs. 157 y ss.; también la reiteración de argumentos que ya expusiera con anterioridad, ahora parcialmente admitidos por el Tribunal Constitucional, recogidos en el estudio de LÓPEZ GANDÍA, J.: “Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, págs. 135 y ss.

¹⁸ En los términos que magníficamente expone de manera sucinta NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El incierto futuro de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial tras la STC 61/2013, de 14 de marzo”, *Actum Social*, núm. 76, 2013, págs. 264 y ss.

¹⁹ Las instrucciones aparecen recogidas en la comparecencia del Secretario de Estado de la Seguridad Social ante la comisión del Pacto de Toledo, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/DSCD-10-CO-381.PDF.

fraguó el Acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales de 31 de julio de 2013 (relativo a la “mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial”) que ahora recoge el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Después de tantas advertencias previas y buenos propósitos incumplidos, tan sólo la falta de salida a que condujo la decisión del Tribunal Constitucional forzó al necesario cambio. Las prisas, y sobre todo los condicionantes económicos (el propio Secretario de Estado cifró los costes del ajuste en 1.900 millones de euros), hicieron que la nueva redacción dada a las reglas segunda (“períodos de cotización”) y tercera (“bases reguladoras”), letra c), del apartado primero de la disposición adicional 7ª LGSS, distase de aspirar a un enfoque general de los problemas de protección social de los trabajadores a tiempo parcial y se quedara en un mero retoque para salvar las circunstancias²⁰.

Oportunidad perdida, en consecuencia, por –al menos– una patente falta de diligencia preventiva del legislador, tanto más lamentable cuando ya era de todos conocida la cuestión de constitucionalidad que, sobre otro aspecto no abordado en la reforma, había planteado –con toda su autoridad– el Tribunal Supremo. Muy confiado había de estar en el resultado de la sentencia, o extrema la urgencia, para no haber reparado en el detalle que, en muy breve plazo, la norma que había creado podría resultar insuficiente ante otra eventual declaración de nulidad, aunque en este caso afectara a la letra b) la regla 3ª, apartado primero, de la misma disposición adicional 7ª LGSS. O tal vez pensara que resulta suficiente fiarlo todo a la

²⁰ De hecho, la reforma podría resumirse en tres pautas: 1) En los períodos de cotización, aplicación de los denominados “coeficiente de periodicidad” y “coeficiente global de parcialidad” (con los cuales la carencia pasa a individualizarse, a adaptarse a la carrera de seguro de cada trabajador a tiempo parcial [RIVERA SÁNCHEZ, J. R.: “La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2013, pág. 115]), debiendo computar a estos efectos las horas complementarias, pues se tiene en cuenta el tiempo de alta en el/los contratos “cualquier que sea la duración de la jornada de cada uno de ellos” [FERNÁNDEZ PROL, F.: “Trabajadores a tiempo parcial y protección social. Novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, págs. 92 a 96] y, quizás, dadas sus características, tomando en consideración su promedio anual [LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 53 o SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “‘Readaptación’ del trabajo a tiempo parcial a los principios configuradores del Sistema de Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, núm. 9, 2013, pág. 107]. 2) En la determinación de la cuantía, aplicación de las reglas generales, con excepción de las prestaciones de jubilación de muerte y supervivencia, en las que el porcentaje aplicable a la base reguladora incluye un coeficiente multiplicador del 1,5 que actúa sobre el período de cotización calculado de conformidad con el coeficiente global de parcialidad; también establecimiento de una regla especial para la jubilación en cuanto a la escala del porcentaje aplicable. 3) Aplicación de los complementos de mínimos sin tener en cuenta coeficiente global de parcialidad alguno; es decir, de conformidad con las reglas generales contenidas en la LGSS.

Entre las cuantiosas exposiciones doctrinales de la norma, LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, cit., págs. 35 y ss.; LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial. Reformas recientes”, en VV.AA.: *Las reformas laborales y de Seguridad Social*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.), Pamplona, Lex Nova/Thomson Reuters, 2014, págs. 109 y ss.; o BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 92 y ss.

Por lo gráfico de los ejemplo prácticos que proponen y resuelven, para así mostrar el resultante final de la reforma, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “‘Readaptación’ del trabajo a tiempo parcial a los principios configurados del sistema de Seguridad Social”, cit., págs. 105 y ss. TRILLO GARCÍA, A.R. y ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Cómputo de cotizaciones en los trabajadores a tiempo parcial, tras la Ley 1/2014”, *Información Laboral*, núm. 2, 2014, págs. 109 y ss., o PANIZO ROBRES, J. A.: “Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial”, *CEF Laboral Social*, 2013, www.laboral-social.com.

intervención futura –si fuere menester y/o lo considerara oportuno– que contiene la disposición adicional 4ª del RD Ley: “El Gobierno elaborará en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley un informe en relación con el impacto que las medidas introducidas en el mismo haya tenido sobre el conjunto de los trabajadores a tiempo parcial, en el que también podrá formular propuesta de adaptación en orden a un posible perfeccionamiento tanto de la cotización como de la acción protectora de dicho colectivo”.

Motivos tenía para la cautela, y mucho mayores aún si analiza con tiento tanto la regulación actual sobre la integración de lagunas de cotización de los trabajadores a tiempo parcial, como el desenlace final que cabe presumir pase a –o precisamente por– cuanto resuelve y deja pendiente el Tribunal Constitucional.

3. LA REGLA ESPECIAL SOBRE INTEGRACIÓN DE LAGUNAS DE COTIZACIÓN PARA LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

De conformidad con cuanto previenen los recientemente reformados (apartado uno art. 3 Ley 27/2011 y apartado uno disposición adicional 20ª Ley 3/2012) arts. 140 y 162.1.1.2 LGSS, referidos, respectivamente, a la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y a la pensión de jubilación, la pauta general para integrar lagunas, cuando en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparezcan meses durante los cuales no haya existido obligación o cotizar, viene dada por completar las primeras cuarenta y ocho mensualidades con la base mínima de entre todas las existencias en cada momento, y el resto de las mensualidades con el 50 por 100 de esa base mínima²¹.

Teniendo presente que el juego de la norma está previsto sólo para el Régimen General (con notables particularidades en cuanto hace a sus Sistemas Especiales de Empleados de Hogar –disposición adicional 39ª.3 Ley 27/2011– y Trabajadores Agrarios por Cuenta Ajena –art. 6.6 Ley 28/2011–) y los Régimen Especiales de la Minería del Carbón y de Trabajadores del Mar, por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena integrados en el mismo, ha sido preciso un largo –y a veces azaroso– proceso legal de ajustes, así como permanentes aclaraciones de los Tribunales, para asentar algunas reglas que servirán también –con matices puntuales– para los contratos a tiempo parcial. Así, dos fundamentales:

1ª Constituye condición *sine qua non* que no exista obligación de cotizar y, por ello, aparezcan vacíos de cotización que afecten (o puedan hacerlo) de manera negativa a la cuantía de las pensiones del interesado. No cabe, en consecuencia, aludir a lagunas cuando la obligación de cotizar existiera pero hubiera sido incumplida, pues en tal supuesto se estará ante la figura distinta del descubierto; tampoco tendrán cabida aquellas otras situaciones en las cuales se mantiene la obligación de cotizar, pero reducida en proporción a la minoración de la jornada (v. gr., permisos por lactancia, cuidado de hijos o familiares e, incluso, maternidad parcial), sin constituir por ello una modalidad de trabajo a tiempo parcial.

²¹ Con superior detalle, y un importante aparato crítico, por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación ordinaria”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, págs. 146-150. Sobre su impacto de género, por cuanto al presente discurso interesa, BALLESTER PASTOR, M. A.: “Reformas en materia de protección social e impacto de género”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, págs. 61 y 62.

2º Su operatividad queda vinculada a las pensiones (nunca a los subsidios), es decir, a prestaciones que requieren una larga carrera de seguro para poder acceder a las mismas, donde es más probable que aparezcan esos vacíos. Y no a todas, además, pues abiertamente quedan fuera las pensiones por muerte y supervivencia y únicamente se alude a su aplicación cuando se trata de la jubilación y de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

El interrogante aparece precisamente cuando se trata de pensiones de incapacidad permanente provenientes de causa distinta a la enfermedad común, pues aun cuando la respuesta es sencilla si derivara de contingencias profesionales (no en vano la base reguladora se calcula a partir de los salarios reales del trabajador en el momento del hecho causante), y resulta contundente el criterio negativo tanto de INSS como del Tribunal Supremo cuando se tratare de accidente no laboral (al aplicar la normativa anterior a la LGSS –arts. 15 a) Orden de 14 de abril de 1969 y 7.1 D. 1646/1972–, en tanto no derogada²²), entender que también ampara, ante la falta de referencia legal expresa, a la incapacidad permanente en grado de absoluta y la gran invalidez derivadas de accidente no laboral en el supuesto de que el trabajador no se encontrara en situación de alta o asimilada, si bien cuenta con el beneplácito del Tribunal Supremo²³ –y la duda, por otra parte, debería ser despejada a favor del asegurado²⁴–, no por ello deja de plantear algunas reservas importantes²⁵.

El descenso desde la regla general a su aplicación en los trabajadores a tiempo parcial, así como el análisis de cuanto han sido sus variables y confusas reglas especiales, aboca a un sinnúmero de problemas que, por razón del objeto –y sin poder descender ahora a situaciones muy particular con cuestiones propias²⁶–, podría ser agrupados conforme sigue:

1º.- Pese a que en determinados casos los Tribunales han admitido la integración en el contrato a tiempo parcial de las horas no trabajadas (por referencia o un contrato a tiempo completo) como una verdadera laguna (así, por ejemplo, si se trataba de un contrato subsiguiente a una jornada completa²⁷, intermitente²⁸ o esporádico²⁹), tal perspectiva o

²² SSTs 10 abril 2001 (RJ\2001\4896), 14 octubre 2002 (RJ\2008\2066), 4 octubre 2004 (RJ\2004\732), 21 marzo 2005 (RJ\2005\5028), 27 febrero 2006 (RJ\2006\1904), 4 abril 2007 (RJ\2007\3976) o 1 febrero 2010 (RJ\2010\3383). En la doctrina, comentando este último pronunciamiento, ROMERO CORONADO, J.: “La integración de lagunas de los períodos en que no ha existido obligación de cotizar para la determinación de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta en los contratos a tiempo parcial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2010, BIB 2010/1102.

²³ Así la línea de pronunciamientos precedentemente enunciados y la firme defensa efectuada a su amparo por RUIZ SALVADOR, J. A.: *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social*, Albatros, Bazarzo, 2003, pág. 120.

²⁴ Conforme acaba sosteniendo, por ejemplo, BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, cit., págs. 149 y 150.

²⁵ Sirvan las planteadas, por ejemplo, por BARBA MORA, A.: *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi/Thomson, 2013, pág. 2008.

²⁶ Así, por ejemplo, el complejo asunto que hace poco más de un año ha abordado la STJ Cataluña 4 marzo 2013 (AS\2013\1665), comentada por VARELA ÁLVAREZ-QUIÑONES, M. I.: “Forma de cómputo de los períodos cotizados a tiempo parcial y durante el período de incapacidad temporal y su prórroga para lucrar una prestación de incapacidad permanente”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2013, BIB 2013/2130.

²⁷ STSJ Cantabria 26 febrero 2003 (AS\2003\187068).

²⁸ STSJ Aragón 22 marzo 2000 (AS\2000\598).

lectura de la Ley asentada en las circunstancias concretas de quien instaba el beneficio no deja de ser excepcional y, –aun reconociendo su carácter “humanitario”–, no puede ser compartida, pues cuando verdaderamente existe cotización, por más que sea menor (ajustada a la entidad del contrato), no media laguna alguna a integrar (en su caso obraría cuanto ha sido denominado, con fortuna, “lagunas del contrato”³⁰, por contraposición a quienes no tienen ninguna y sí dan pie a la aparición de vacíos de cotización). Así, y según habían anticipado algunos Tribunales Superiores de Justicia³¹, se conforma una línea judicial sólida sentando como doctrina –reproducida literalmente en todo o en parte en numerosos pronunciamientos– que “no cabe admitir [en tales supuestos] se dé una propia y verdadera situación de laguna de cotización; antes al contrario, se verifica una auténtica cotización, si bien adecuada a la índole y naturaleza del contrato en el período computable a los fines de obtención de la prestación de Seguridad Social (...) El hecho de que en el período final a tener en cuenta respecto a la obtención del reconocimiento de una pensión [de invalidez permanente en el caso] se hubieren prestado servicios a tiempo parcial no autoriza a entender que por el tiempo no trabajado en dicho período [se] hubiera producido una laguna de cotización, porque lo cierto y verdad es que sí trabajó y cotizó, y pudo haberse hecho, también, a tiempo completo. Prender que, en tal situación, ha de recurrirse a una ficción jurídica contraría al principio de que la base de cotización debe atemperarse a las retribuciones realmente percibidas y previstas, únicamente, para aquellos casos en las que no hay obligación de cotizar excede, claramente, de cualquier visión lógica del ordenamiento jurídico aplicable”³².

Por si duda hubiere, además, el art. 7.2 RD 1131/2002 es concluyente: “a excepción de los períodos entre temporadas o campañas de los trabajadores con contrato de trabajo fijo discontinuo, en ningún caso se considerarán lagunas de cotización las horas o los días en que no se trabaje en razón de las interrupciones en la prestación de servicios”.

Cabe apreciar, de este modo, un elemento de separación primero en el género de trabajo a tiempo parcial (que por razones obvias apartará también al jubilado parcial, cuyo contrato a tiempo parcial es condición esencial para el mantenimiento de aquella condición), entre la especie común y los fijos discontinuos. E incluso entre estos mismos, pues la previsión del art. 7.2 mencionado únicamente tiene sentido respecto de los fijos discontinuos irregulares (de fechas inciertas) o de los fijos discontinuos periódicos (o regulares que responden al modelo clásico de prestación de servicios repetidos cíclicamente, marcados por períodos de actividad e inactividad); en cambio, respecto de aquellos otros que distribuyen su tiempo de trabajo anual acumulándolo en diferentes períodos de cada año, la opción por la concentración del tiempo de trabajo implica, en el ámbito de la Seguridad Social, la obligación formal de alta, y con ella la cotización, motivo por el cual en la base reguladora de sus pensiones de jubilación e incapacidad permanente no será menester aplicar ninguna integración de lagunas, pues no existen vacíos de cotización.

²⁹ SSTSJ Galicia 26 octubre 2001 (AS\2001\4311) o 27 marzo 2007 (AS\2007\2277).

³⁰ DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: “Contrato a tiempo parcial y prestaciones de Seguridad Social”, *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, págs. 97 y 98.

³¹ Ente muchísimas, por su claridad, SSTSJ Cataluña 13 marzo 2003 –dos– (JUR\2003\129812 y 129846).

³² SSTS 23 marzo 2006 (RJ\2006\2318), 31 octubre 2007 (RJ\2008\700), 30 enero 2008 (RJ\2008\2081), 10 marzo, 29 septiembre y 6 noviembre 2009 (RJ\2009\1721 y 6181 y 2010\1149) o 26 enero 2010 (RJ\2010\3129).

2º.- Durante muchos años fue objeto de vivo debate, y posiciones judiciales encontradas, la alusión legal a “meses” con vacíos de cotización como el referente a completar, pues se entendió –llamando a la reforma legal– “que considerar laguna a integrar sólo las mensualidades completas sin cotizaciones puede llevar –en casos extremos– a un trato o situación perjudicial al que trabaja más que al que lo hace menos; es decir, si la actora trabaja un solo día nada habrá que integrar [pues ya había cotización], por el contrario, si no trabaja integrará esa mensualidad con la base mínima”³³.

Esta interpretación de la norma, que podía llegar a hacer que a un esfuerzo contributivo mayor le correspondiera una menor intensidad protectora (capaz no sólo de vulnerar el principio de igualdad, sino de desincentivar abiertamente el trabajo a tiempo parcial)³⁴, fue corregida por el Tribunal Supremo al enjuiciar un supuesto de hecho que se regía por la normativa anterior a la entrada en vigor del art. 14 bis Ley 52/2003 –precepto que, no obstante, le sirve de referente al juzgador–, entendiéndolo, en síntesis, que del “contexto, espíritu y finalidad [de la norma] debe llegarse a la conclusión contraria [a cuanto parece indicar el tenor literal] de aplicar la base mínima a los días en que no se presten servicios, aunque el período de inactividad laboral no coincida con meses completos”³⁵.

Tal es la solución legal que se ofrece desde la norma mencionada: pues “en los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo procederá la integración señalada en el párrafo anterior [la aplicación de la regla general expuesta], por la parte del mes en que no existe obligación de cotizar, siempre que la base correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía”³⁶.

3º.- Pero la verdadera regla especial para los trabajadores a tiempo parcial, por contraposición a las meras adaptaciones expuestas, viene dada por la letra b) de la regla tercera de la disposición adicional 7ª, según la cual, y para este colectivo, “la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la

³³ STSJ Murcia 17 diciembre 2001 (JUR\2002\46075). Críticos con esta solución que dimana del tenor literal, DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J. I.: “Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social”, cit., pág. 97 o GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Novedades de la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RD-L 15/1998 y en el RD 144/1999”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 18, 1999, pág. 176 y ss. Clarificador el discurso de ROQUETA BUJ, R.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, Madrid, CES, 2002, pág. 138: “Solución que resulta insatisfactoria, pues a un trabajador a tiempo completo que vea extinguido su contrato le puede resultar más ventajoso permanecer inactivo y sin cotizar que desempeñar una nueva actividad a tiempo parcial, pues la integración de lagunas con la base mínima de cotización le puede deparar un importe superior en la base reguladora que el cómputo de las bases de cotización correspondientes al trabajo a tiempo parcial”.

³⁴ Mostrándolo con formulaciones harto expresivas, LÓPEZ GANDÍA, J.: “Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núms. 15-16, 1998, pág. 143 o TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: “La duración de la jornada de trabajo y las pensiones contributivas de la Seguridad Social: examen particularizado del contrato a tiempo parcial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 65, 1994, pág. 143.

³⁵ Para confirmar la tesis sostenida en la STSJ Andalucía/Sevilla 8 mayo 2003 (AS\2003\177212), STS 20 diciembre 2004 (RJ\2005\2304). Con posterioridad, de interés en el contexto del discurso, STSJ Baleares 21 febrero 2005 (JUR\2005\222012).

³⁶ “Una crítica implícita por la cicatería de la previsión legal” en GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación ordinaria”, ci., pág. 149.

base mínima de cotizar de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término” (referencia a “en último término” que aparece precisada en el art. 7.2 RD 1131/2002, entendiendo por tal “en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar”).

En su aplicación cabe apreciar dos soluciones diferentes para el conjunto general de trabajadores a tiempo parcial en función de la distinción que establece el art. 7.2 y ha quedado expuesta:

1.- En primer lugar, y por cuanto hace a los fijos discontinuos, la jurisprudencia que toma cuerpo a partir de 2009 entiende que “la referencia legal al ‘número de horas contratadas en último término’, ha de interpretarse como la totalidad de la jornada realizada durante la campaña en que el trabajador presta los servicios”. Así, y en discurso repetido literalmente –incluidos error tipográficos–, se sienta que “en la norma reglamentaria se especifica el momento en que ha de tenerse en cuenta ese número de horas contratadas, pero, como no podía ser de otra manera, se insiste en el concepto de ‘horas contratadas’, lo que conduce a la misma solución apuntada, teniendo en cuenta además que el núm. 2 del art. 7 del citado Real Decreto establece de manera incontestable (...) que en los trabajadores fijos discontinuos –a diferencia de los contratados a tiempo parcial al amparo de art. 12 ET con jornada inferior a la ‘comparable’– ‘el tiempo comprendido entre campañas tendrá la consideración de lagunas de cotización, que habrán de integrarse entonces con las bases mínimas’ correspondientes, como antes se dijo, a la actividad contratada, esto es, en jornada completa y en proporción al número de días de trabajo efectuadas en la campaña correspondiente. El texto de este último apartado del art. 7 del Real Decreto impone el tratamiento diferenciado entre los contratos a tiempo parcial y los trabajos fijos de carácter discontinuo, diferencia que justifica la doctrina establecida en esta Sala respecto al mismo problema en ambos contratos”³⁷.

2.- Frente al remedio anterior, ninguna otra solución –parece darse a entender, de ahí el insistir en la diferencia– más favorable que el literal cabría seguir en el intento de corregir situaciones cuanto menos desfavorables.

En verdad el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de mitigar tales efectos en los supuestos, claramente marginales, en los cuales el trabajo a tiempo parcial deja de ser relevante para el período de conformación de la base reguladora (en el caso, una pensión de jubilación que en los quince años últimos presenta cotizaciones a tiempo completo y períodos sin obligación de cotizar, y sólo fuera de ese margen aparece una última cotización por trabajo a tiempo parcial) cuando afirma que “la regla especial de la disposición adicional séptima y del art. 7 RD 1131/2002, según la cual dichas bases mínimas integradoras de

³⁷ SSTs 25 y 29 junio y 21 septiembre 2009 (RJ/2009/4287, 4685 y 6168) y 21 enero 2010 (RJ/2010/3114). Recordando tales pronunciamientos, con algún detalle adicional, SSTSJ Comunidad Valenciana 14 enero 2010 (JUR/2010/114825) y 28 mayo 2012 (JUR/2012/297528).

Como resultado de esta jurisprudencia, el INSS cambia sus criterios para ordenarse internamente bajo la premisa según la cual, de existir lagunas de cotización entre campañas, las mismas habrán de integrarse con la base mínima de cotización de entre las vigentes en cada momento, tomando dicha base en la misma proporción en que se hubiese prestado servicios en la campaña anterior; para ello se tendrá en cuenta el número de días reales de trabajo (o teóricos si no se trabajase en jornada completa) y el número de días naturales de duración de la campaña (Criterio 8/2010).

lagunas pueden minorarse cuando el período en que se aplican haya sido precedido de un trabajo –y su correspondiente cotización– a tiempo parcial no se puede aplicar cuando [como en el caso expuesto] la laguna a integrar se extiende hasta el final del período computable para calcular la base reguladora e incluso lo sobrepasa, con lo que, hablando con propiedad, la laguna no está precedida de nada, pues más allá de ese límite no hay nada que deba ser tenido en cuenta para el cálculo de la base reguladora, ni para bien ni para mal”³⁸.

Ciertamente, también, algún Tribunal Superior de Justicia –rectificando sobre su criterio original³⁹– atempera los efectos de la norma y, acudiendo a los principios de igualdad de trato y no discriminación respecto de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación de los principios de proporcionalidad y contributividad, crea un criterio propio y entiende que no es de aplicación la normativa aquí considerada “a los trabajadores que a lo largo de su continuada vida laboral han trabajado a tiempo completo, y sólo de forma esporádica lo han hecho a tiempo parcial”⁴⁰; en consecuencia, y cuando se acredite que el trabajo a tiempo parcial sólo ha ocupado un corto período en una vida laboral normalmente desarrollada a tiempo completo (algo que –reconoce– “ha de llevar a la siempre compleja delimitación de cuándo se da un caso u otro, en los variados supuestos posibles, frente a la seguridad de una norma que contemplara directamente el supuesto”⁴¹), la integración de lagunas habría de tener lugar –bajo su parecer– “aplicando las bases de cotización mínimas de trabajo a tiempo completo durante las fechas con vacío de cotización, sin reducción proporcional alguna”⁴².

Sin embargo, las mentadas no dejaban de ser sino dos excepciones puntuales (la una por lo limitado del supuesto de hecho, y la otra por los límites geográficos a los que extendían sus efectos las resoluciones al Tribunal Superior de Justicia), pues la inmensa

³⁸ STS 18 octubre 2011 (RJ\2012\1221); en aplicación de tal tesis, STSJ Madrid 24 marzo 2014 (JUR 2014\109004).

³⁹ SSTSJ Cataluña 13 octubre 2001 (AS \2001\4676) y 8 mayo 2002 (JUR\2002\1878381).

⁴⁰ Criterio iniciado –en cuanto se conoce– por la STSJ Cataluña 14 abril 2004 (AS\2004\1881).

⁴¹ STSJ Cataluña 25 marzo 2010 (AS\2010\1692), la cual anticipa –por cierto, para rechazar en el caso concreto la petición del interesado, pues 551 días a tiempo parcial frente a 1555 días a tiempo completo no le permitiría considerar la prestación a tiempo parcial como irrelevante o episódica– alguno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en la cuestión de constitucionalidad. Atendiéndose a su literal cabe leer: “ha de aceptarse que pueden existir supuestos de larga carrera de seguro a tiempo completo, que se finaliza con cortos períodos a tiempo parcial, en que, como se insinúa en el recurso, se haría de peor condición a quien trabaja últimamente a tiempo parcial frente a quien no lo hace en absoluto, ya que en este último caso las lagunas se integrarían con las bases mínimas a tiempo completo, mientras que en el primero se haría con las correspondiente al último contrato a tiempo parcial, con el correspondiente grave perjuicio para el importe de la base reguladora. Ésta parece una conclusión absurda, de grave desincentivación del reingreso o mantenimiento en el mercado de trabajo, y por consiguiente grave perjuicio de quien trabaja frente a quien no lo hace, que en modo alguno puede tenerse por finalidad de la ley. La ley y su norma de desarrollo son aplicables a quienes de una forma relevante han trabajado a tiempo parcial, pero no a quienes lo han hecho de una forma irrelevante u ocasional o si se quiere excepcional. Por ello la Sala acepta que la norma no puede referirse a los supuestos de muy escasa relevancia en el período final de la vida laboral, frente a toda una carrera de seguro realizada a tiempo completo (...) [lo contrario] convertiría al trabajo a tiempo parcial, incluso temporal, en una suerte de trampa para quienes han alcanzado una determinada edad, en vez de una oportunidad de empleo y de continuar la carrera de seguro. Especialmente cuando el período trabajado a tiempo completo es irrelevante tanto para alcanzar el período mínimo de cotización, como cuando en su caso carezca de importancia para el aumento de porcentaje sobre la base reguladora, en las pensiones que así lo prevén”.

⁴² Sobre los precedentes mencionados, también, SSTSJ Cataluña 5 junio 2013 (JUR \2013\262029) o 7 mayo 2014 (AS\2014\1610).

mayoría de los pronunciamientos judiciales (y la uniforme práctica administrativa) aplicaban la letra de la ley y, puestos a buscar justificación a la misma, se acudía y acude a la imprescindible congruencia con los principios de contributividad y proporcionalidad. Así, y habida cuenta de que la cotización debe acomodarse a las horas efectivamente realizadas, también el cálculo de la base ha de mostrar su equivalencia con tales horas efectivamente trabajadas; en consecuencia, los cálculos deben ajustarse a la cotización real, y también la integración de lagunas debe realizarse según la aportación que el beneficiario hubiera realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar, pero no con bases diferentes a las que le hubiera correspondido de haber seguido en activo trabajando a tiempo parcial, sino precisamente con éstas, por ser las en efecto realizadas en el período inmediatamente anterior a la aparición de la obligación de cotizar⁴³.

Todo ello sin tener en cuenta el hecho de que esta solución pudiera constituir un factor de desánimo más para la utilización de este tipo de contrato al poder resultar más ventajoso permanecer en situación de inactivo, pues, a efectos de futuras pensiones de jubilación o incapacidad permanente, estos períodos de vacío en la cotización se integrarán conforme a la regla general, esto es, con bases mínimas (aun cuando sólo alcance a las primeras cuarenta y ocho mensualidades), que hacerlo conforme a la regla especial analizada. Ello por no aludir al elemento aleatorio sencillo de constatar en un ejemplo al cual acude la doctrina de continuo: “el esfuerzo contributivo de un trabajador a tiempo completo que ha prestado servicios durante tres meses y permanece el resto del año en situación de paro involuntario no subsidiado puede ser muy inferior al de un trabajador a tiempo parcial que trabaja seis meses al año a una jornada reducida al 60 por 100 de la normal, y, sin embargo, la laguna de aquél se integrará por la base mínima específica del contrato a tiempo parcial”⁴⁴.

4. EL DEBATE CONSTITUCIONAL Y ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN

La exposición precedente sirve para presentar una realidad que constituiría propicio caldo de cultivo para una controversia judicial al más alto nivel. De este modo, ni el Tribunal Supremo que suscita la cuestión de constitucionalidad, ni el Tribunal Constitucional que la desestima, tuvieron grandes dificultades a la hora de encontrar argumentos para sostener sus respectivas posiciones, pues éstas se encontraban reiteradamente presentes en distintos pronunciamientos judiciales previos y en múltiples ensayos de la doctrina científica.

Intentando sistematizar el debate (en el que juega un papel menor la Abogacía del Estado, cuyo criterio merece una severa, y merecida, réplica por el Tribunal Constitucional⁴⁵), las objeciones a la constitucionalidad del precepto (a algunas de las cuales

⁴³ Acudiendo tal acervo judicial, la opinión que sintetiza ALZAGA RUIZ, I.: “La reforma de la pensión de incapacidad permanente”, en VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Pamplona, Aranzadi/Thomson, 2008, págs. 59 y 60.

⁴⁴ Recogiendo planteamientos anteriores, en texto al que luego han hecho referencia todos cuantos han estudiado a fondo la materia, ROQUETA BUJ, R.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, cit., pág. 10.

⁴⁵ El Abogado el Estado sostiene que el precepto controvertido no precisa con claridad su campo de aplicación, dejando la tarea al intérprete, lo cual hace que su tenor resulte compatible tanto con el criterio que mantienen el INSS, como el sugerido por el Tribunal Supremo o con, probablemente, otras interpretaciones más. Ello demuestra,

se adhiere el Ministerio Fiscal) y la respuesta a las mismas pueden ser condensadas en las a continuación enunciadas:

1ª.- Al tratarse de una regla de estricta proporcionalidad que conduce a bases reducidas en función de las horas trabajadas en el último contrato antes de que cesara la obligación de cotizar y se abriera el vacío a “rellenar”, surge “una primera 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”.

Este razonamiento, que conlleva una reducción al absurdo para mostrar la falta de lógica en la regulación legal, no merece respuesta expresa para el Tribunal Constitucional. Con su silencio cabría seguir que ninguna relevancia concede, desde el plano en el cual analiza la norma, a los eventuales efectos descabellados a que pudiera conducir, pues en todo caso pesaría sobre el ciudadano (aun cuando con evidente reflejo en el interés público) la decisión de no trabajar, o hacerlo a tiempo parcial, a la vista de las disposiciones existentes. O eso, o –como hará más tarde– que la solución no le corresponde a él, sino al legislador.

2ª.- La segunda de las objeciones considera que la norma puede introducir un trato peyorativo y arbitrario para cuantos han desarrollado la mayor parte de su vida laboral a tiempo completo y solo una pequeña parte a tiempo parcial, en tanto podrían resultar perjudicados de manera desproporcionada por el hecho de que ese trabajo a tiempo parcial fuera precisamente (según ocurre con frecuencia como fórmula para salir del desempleo) anterior a las mensualidades en las que, dentro de la base reguladora de la pensión, existen vacíos de cotización. La razón es obvia: tales lagunas se “rellenan” con la base mínima de cotización, lo cual no ocurriría si antes de cesar la obligación de aportación al Sistema hubieran estado trabajando a tiempo completo o –volviendo a la cuestión precedente– no hubieran estado trabajando.

Frente a tal argumento, tampoco obra ninguna respuesta expresa, quizá porque falta ese “*tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca”, motivo por el cual reconduce su contestación a la concreta cuestión donde sí aprecia ese elemento de contraste.

según su parecer, que el asunto carece de relevancia constitucional, en tanto el “inexpresivo” tenor de la disposición legal no condiciona la resolución del fallo en el asunto *a quo*, sino que éste depende tan sólo de una construcción u otra de entre las varias compatibles con su dicción.

La respuesta es contundente: “Sin perjuicio de que fuera posible una interpretación distinta del precepto cuestionado (...), lo cierto es que esta circunstancia no puede proyectarse sobre la admisibilidad de la cuestión. De un lado, porque según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, no es posible revisar el juicio de relevancia realizado por el órgano judicial en cuanto a la selección de la norma aplicable o a la interpretación que a la norma se le asigna más que en aquellos casos en los que, según principios básicos, puede decidirse que la norma no es aplicable o tiene un alcance distinto al que le atribuye el órgano judicial. De otro, y sobre todo, porque este Tribunal también ha reiterado que la circunstancia de que la norma pudiera admitir una interpretación conforme a la Constitución no se proyecta sobre las posibilidades de plantear la cuestión (...) Es doctrina constitucional que la cuestión de inconstitucionalidad versa sobre el texto de la ley, no sobre las distintas interpretaciones que de dicho texto legal pueden ser realizadas”.

3°.- Convertida así en el centro del debate, la tercera de las objeciones se centra en el trato contrario al principio de igualdad, por arbitrario, no responder al principio contributivo y actuar aleatoriamente, que se produciría en supuestos como el que propone para simplificar la comparación⁴⁶: dos trabajadores que habiendo cotizado los mismos días a tiempo completo y a tiempo parcial a lo largo de su vida laboral, en el momento anterior al inicio de la laguna de cotización uno de ellos tiene un contrato a jornada completa y el otro un contrato a tiempo parcial. En virtud de la regla legal expuesta, la laguna del primero se integrará con la base mínima de cotización para mayores de 18 años, mientras que la del segundo se hará con la base mínima de cotización correspondiente al contrato a tiempo parcial vigente en último término.

En la contestación negativa, el Tribunal Constitucional esgrime tres argumentos fundamentales:

A.- En primer lugar, aduce el justificado trato desigual entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, situando su origen en las normas que con carácter general regulan la determinación de las bases de cotización, asentadas sobre el principio de proporcionalidad, de las cuales el precepto sobre integración de lagunas no sería sino una mera manifestación más: “no hay, por tanto, una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial pues la regla aplicable es la misma, lo que ocurre, y de ahí deriva la diferencia, es que la base mínima de cotización es diferente en cada caso y el legislador ha decidido cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma”.

Sobre tal punto de partida construye el de arribada: “desde el punto de vista del derecho a la igualdad, hay que considerar que las situaciones sometidas a comparación por el órgano proponente no guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere, pues en un caso se trata de trabajadores a tiempo completo y en otro de trabajadores a tiempo parcial”.

El silogismo es formalmente impecable; no obstante, cabe plantear serias dudas sobre la validez de su doble premisa de partida. De un lado, resulta llamativa –y discutible– la asignación de la calificación como trabajador a tiempo completo a quien finaliza su actividad temporal bajo aquél contrato, y como parcial a quien lo hace bajo esta concreta modalidad, siendo así que a lo largo de su carrera de seguro presentan idéntica trayectoria en períodos de cotización bajo una y otra condición, sólo que alterada en el tiempo. Ninguna norma conocida permite primar el dato temporal puntual y prescindir de la completa vida laboral para otorgar tal condición; por tanto, acudir a la doctrina general bien conocida sobre ambas categorías de trabajadores para utilizarla en este caso concreto se asienta sobre una particular tipología cuyo anclaje legal es cuestionable, como lo es, en consecuencia, la premisa mayor.

También ha de ser considerada así la menor, pues en verdad nadie cuestiona que las reglas para configurar las bases de cotización han de ser diferentes en virtud del principio de proporcionalidad; lo discutido es, precisamente, el parámetro a partir del cual aplicar esta

⁴⁶ La demostración de una situación teórica “extrema” de desigualdad en PANIZO ROBLES, J. A.: “El género sí puede influir en el nivel de las pensiones”, *CEF Laboral Social*, octubre 2014, www.laboral-social.com, págs. 6 y 7.

proporcionalidad que, desde luego, no viene dado por ninguna norma de carácter general, sino por la singular prevista para los trabajadores a tiempo parcial.

De no considerar válidas ni la premisa mayor ni la menor, obviamente cabría poner en tela de juicio la conclusión, pues se habría eludido, de forma ciertamente brillante, la pregunta formulada a través de una respuesta a otro interrogante diferente al planteado.

B.- Más tajante es el segundo argumento, que acoge en gran medida la tesis de la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, sobre el hecho de que la integración de las algunas no es sino una ficción jurídica destinada a paliar los efectos negativos que puedan suponer los períodos de inactividad a la hora de calcular una prestación. En cuanto tal, se afirma, el legislador es soberano para administrar el beneficio que concede, no en vano el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en esta materia es un derecho de estricta configuración legal, y “el carácter redistribuidor inherente a la Seguridad Social [le puede llevar; ‘en apreciación de las circunstancias económicas concurrentes en cada momento’,] a desplazar en ocasiones el principio de proporcionalidad entre cotización y prestación, y no por ello esas reglas vulneran el art. 14 CE”.

Así pues, “del mismo modo que legítimamente podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores, reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción”, también con idéntica legitimidad puede escoger e inclinarse “por aplicar un criterio contributivo”; más aún, elegir el parámetro de tal contribución ficticia y situarlo en lo efectivamente aportado en el momento precedente a la laguna de cotización.

En un inciso anterior del discurso había recordado aquel pasaje de su doctrina que de forma contundente destaca aquella libertad de configuración del sistema y su propio papel: “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida este desprovista de toda justificación objetiva y razonable”⁴⁷. Pero es que, precisamente, cuanto aquí se cuestiona es la falta de un motivo objetivo y razonable para el distinto trato en la situación propuesta; es decir, los límites entre lo legítimo y lo opuesto al derecho de igualdad, contrario al principio de interdicción de los poderes públicos.

No basta, en suma, con remarcar el poder del legislador, nunca puesto en cuestión, sobre la configuración de la Seguridad Social, aun cuando sí de resaltar que desde luego no es omnímodo por el hecho de ofrecer un benéfico (bajo la forma de ficción jurídica) dentro del esquema contributivo de modelo, pues incluso en este supuesto la concesión a favor de todos habrá de respetar el principio de igualdad.

C.- A mostrar que la previsión legal se adecua a cuanto exige el art. 14 CE dedica sus últimos argumentos, dando respuesta concreta –en esta ocasión sí– a la cuestión suscitada, al sentar que:

⁴⁷ STC 184/1992, de 21 de mayo (RTC\1993\184).

– Considerar como solución más normal, y acorde con el principio contributivo, la de integrar las lagunas de forma proporcional a las actividades a tiempo completo y a tiempo parcial durante la vida laboral puede ser cierto, pero es al legislador a quien le compete decidir cuál es la más adecuada o mejor de las fórmulas posibles a la vista de un sistema en el cual la distribución de medios escasos requiere ponderar con cuidado las situaciones de necesidad a proteger. La función del Tribunal Constitucional se limita a comprobar si la solución que aquél ha adoptado es completamente irrazonable o carente de justificación o, por contra, entra dentro del margen de configuración que le otorga su libertad soberana.

– Desde tales parámetros no cabe entender injustificada la ficción legal consistente en entender que el trabajador habría continuado prestando servicios a tiempo parcial si no se hubiera producido la circunstancia que motivo el cese en la obligación de cotizar. El argumento es doble: en primer lugar, el bastante endeble –por las razones apuntadas– de estimar que –permita el lector la licencia de reformular los términos–, por tratarse de una ficción dentro de otra ficción (no en vano, y en definitiva, se trata de beneficiar a quienes “no han contribuido al Sistema y se encontrarían una situación de cotización cero que mermaría de manera considerable sus prestaciones”), tan legítima y justificable es ésta como cualquier otra; en segundo término, y ésta trascendente, que la regla no hace sino responder a cuanto viene a ser una constante en el ordenamiento de la Seguridad Social (y ejemplo preclaro de ello son las propias prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, cuyas bases reguladoras se calculan tomando un tiempo determinado y no las cotizaciones de toda la carrera de seguro), a saber, “la utilización de determinados periodos de referencia, más o menos amplios, para calcular la cuantía de la prestación, pero siempre inmediatamente anteriores al hecho causante a considerar y sin utilizar criterios relacionados con la totalidad de la vida laboral del trabajador”.

Es éste, a juicio del autor –y aun cuando no lo comparte–, el criterio de más peso esgrimido por el Tribunal Constitucional, pues le permite salvar las tachas realizadas a la norma de arbitrariedad (la objetividad de la regla viene dada por referencia al contrato que el trabajador tenía al producirse la laguna) y aleatoriedad: “la regla produce unos efectos ciertos y determinados, lo que ocurre es que dichos efectos pueden beneficiar o perjudicar más a unos u otros trabajadores en función de cómo se sucedan los períodos de trabajo y de inactividad y, dentro de los primeros, los trabajos a tiempo completo y parcial. Pero ni ello es aleatorio ni diferente a lo que ocurre en otras múltiples aspectos de la relación de Seguridad Social”.

4º.- La última de las razones invocadas por el Tribunal Supremo es que, aun cuando la norma cuestionada presente una apariencia neutra desde la perspectiva de sexo, su aplicación práctica podría situar en una posición de desventaja a las mujeres una vez llegado el momento de determinar el importe de sus pensiones, no en vano la regla ha de aplicar a una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino; en consecuencia, podría ser contraria al principio de no discriminación por razón de sexo.

Si bien el Voto Particular de la sentencia comentada hace un esfuerzo por destacar que procedería no confundir el elemento objetivo (punto de conexión temporal que produce efectos discriminatorios) y el formal (la categoría o clase de trabajadores a los que resulte aplicable la norma) a la hora de enjuiciar esta cuestión, y recuerda también que el propio Tribunal Constitucional hacía poco más de un año había otorgado el amparo a un hombre al

cual se le había aplicado la regulación de los trabajadores a tiempo parcial considerada indirectamente discriminatoria para las mujeres⁴⁸, el resto de los Magistrados (coincidiendo en este punto con el Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Seguridad Social) solventan la objeción sin mayor razonamiento, bastándole con comprobar que el demandante es un varón para entender que la decisión del proceso no dependía de que la norma cuestionada fuera o no discriminatoria por razón de sexo y, por tanto, carecía de relevancia constitucional.

Hasta aquí el debate en los Tribunales, aun cuando el propio pronunciamiento comentado deja expedito el camino para seguir reflexionando, pues sus fundamentos jurídicos sugieren tres cuestiones de interés:

En primer lugar, cuando admite que cabría “una interpretación distinta del precepto cuestionado –que de hecho ha sido acogida alguna vez por los Tribunales–” (y señala que, por tanto, “debe partir de la interpretación de la disposición legal que aporta el órgano judicial cuestionante”), implícitamente admite –como por otra parte lo había hecho de manera clara el Abogado del Estado– que perfectamente podría el Tribunal Supremo seguir la línea de interpretación finalista acogida en diversos Tribunales Superiores de Justicia para los trabajos a tiempo parcial de carácter esporádico dentro de la carrera de seguro. Más contundente aún es el Voto Particular cuando señala cómo “la circunstancias de que la sentencia haya determinado que una interpretación de la regla no vulnera el art. 14 CE no implica que obligatoriamente sea esa la interpretación que deba ser aplicada por los órganos judiciales si se considera que el tenor de la norma permite otro tipo de interpretación. En última instancia, obvio es decirlo, la función del máximo intérprete de la legalidad ordinaria corresponde al Tribunal Supremo (art. 123.1 CE) que es quien, una vez que el Tribunal Constitucional no ha desautorizado la interpretación controvertida, debe valorar si esa es la única interpretación posible o resultan posibles otras interpretaciones alternativas que encajen también dentro del tenor de la normal cuestionada para ponderar su aplicación”.

En segundo término al reconocer que pudiera –sin entrar a valorar– ser “más justo” el criterio del Tribunal Supremo, o que el legislador “podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción legal creada dado que el trabajador no está prestando servicios y, por tanto, no está cotizando al Sistema”, no deja sino de llamar la atención del legislador sobre otras posibles fórmulas que podría sopesar de futuro.

A estas alternativas ha prestado atención la doctrina, abogando, por ejemplo, por promediar, durante el período de referencia del cálculo de la base de reguladora de las prestaciones, las jornadas trabajadas a tiempo completo o a tiempo parcial en su duración efectiva, extrayendo de esa operación un factor reductor aplicable a las bases mínimas de cotización, y, con esas bases mínimas reducidas, cubrir la totalidad de lagunas de cotización

⁴⁸ El Magistrado XIOL RIOS, autor del Voto, trae a colación la STC 116/2013, de 20 de mayo (RTC 2013\116); no obstante, dista de ser cierto su aseveración de que se trate del pronunciamiento que rompe la regla, pues basta con recordar, por ejemplo, la famosa STC 26/2011, de 14 de marzo (RTC 2011\26), al crear la nueva causa personal de discriminación fundada en “circunstancias familiares”; muy interesante a este respecto las reflexiones de MONTOYA MEDINA, D.: “Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Comentario a las SSTC 24/2011 y 26/2011)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4, 2011, BIB 2011\1031.

existentes en el período de cálculo de la base reguladora⁴⁹; o, con fórmula más sencilla –y próxima a la del Tribunal Supremo–, aplicando el coeficiente global de parcialidad en la valoración de la integración de lagunas⁵⁰. O eso, solución parcial al problema puntual, o –según aquí se ha defendido– elaboración de un verdadero modelo de protección social para este colectivo que reconsidere las reglas existentes⁵¹ y las armonice, en lugar de retocarlas continuamente sin un norte fijo, el cual pasaría –tal vez– por replantear el concepto de trabajador a tiempo parcial en el ámbito de la Seguridad Social, que pudiera no coincidir exactamente con el recogido en el ordenamiento laboral; dotar de significado propio a la contributividad proporcional en función del efectivo esfuerzo de cotización de los trabajadores a tiempo parcial en relación con la cotización media o tipo, pero no tomando como referencia la de un trabajador a tiempo completo comparable, sino la habitual en la actividad profesional⁵²; en fin, y entre otros aspectos⁵³, atender más a la cotización desde un parámetro contributivo que al período de cotización o parámetro temporal. A la postre, repensar su sentido teniendo a la luz la experiencia hasta ahora acumulada.

Por último, y de importancia más inmediata (para así urgir al legislador a que cumpla sus propósitos y lo haga meditando sobre este extremo), la declaración de que la disposición estudiada no es inconstitucional se hace en un caso en que el demandante es varón, sin mayores argumentos que tal identidad sexual. Teniendo presente que el Tribunal Supremo no pudo argumentar ni el capital pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea significado, ni el precedente del propio Tribunal Constitucional que recuerda el Voto Particular⁵⁴ (pues fueron posteriores al momento de dictar el auto por el que se planteó la cuestión de inconstitucional), si los hubiere sopesado por ser una mujer la demandante, muy

⁴⁹ LÓPEZ GANDÍA, J.: *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, cit., pág. 54, sobre la propuesta original de LOUSADA AROCHENA, J. F.: “El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: puntos críticos”, cit., pág. 3.

⁵⁰ “De este modo, como fuese la jornada sólo habría de ser determinante para adaptar los tiempos de vacíos de cotización en proporción al porcentaje que la prestación de servicios a tiempo parcial represente del total de dicha jornada respecto del período de cotización computable en el cálculo de la base reguladora. Dicho de manera más simple, los vacíos de cotización quedarían integrados con las bases anteriores a los mismos en proporción al tiempo de duración de la jornada realizada (más o menos amplía) sin que, posteriormente, se practicasen minoraciones en la base mínima aplicable por razón del carácter parcial o no de dicho jornada (que es lo que ahora sucede)”, BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, cit., pág. 155.

⁵¹ Así, por ejemplo, LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2013, pág. 2, cuando completa su propuesta anterior sugiriendo una alternativa a la solución adoptada por el legislador en 2013, que culminaría con la aplicación en el trabajo a tiempo parcial de las reglas generales previstas para los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio del posterior cálculo “proporcional” de la base reguladora, habida cuenta de las correspondientes bases de cotización y reconociendo, en su caso, complementos de mínimos; partiendo de tal idea, FERNÁNDEZ PROL, F.: “Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales”, cit., págs. 99 y 100.

⁵² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “‘Readaptación’ del trabajo a tiempo parcial a los principios configuradores del Sistema de Seguridad Social”, cit., págs. 123-125.

⁵³ LLORENTE ÁLVAREZ, A. y DEL VALLE DEL JUZ, J. I.: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: jurisprudencia reciente y alternativas de reforma”, cit., quienes añaden la posibilidad de establecer umbrales o bases de cotización fijas con independencia de las horas trabajadas, el tratamiento específico del trabajo a tiempo parcial de muy corta duración o la opción por abonar la prestación capitalizada de una sola vez cuando la reconocida fuera de escasa cuantía.

⁵⁴ En alusión, recuérdese, a las STJUE 357/2012 de 22 de noviembre (TJCE 2012\357) y STC 116/2013, de 20 de mayo (RTC\2013\216)

probablemente hubiera debido reconocer que el párrafo b), regla 3ª, apartado 1, de la disposición 7ª LGSS constituía una discriminación indirecta prohibida tanto por el ordenamiento español (art. 14 CE) como por el comunitario (Directiva 79/7)⁵⁵. ¿Será necesario esperar la declaración de nulidad del precepto? ¿Bastará, en su caso, con un nuevo “parche” normativo?.

5. CONCLUSIÓN

Trascurridas más de tres décadas desde su recepción legal expresa, y multiplicada exponencialmente su presencia en el tejido productivo, ni el largo rodaje normativo, ni la importancia cuantitativa y cualitativa del colectivo, han conseguido que el legislador proporcione una ordenación acabada a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial.

No se trata sólo de su difícil asentamiento en el sistema español de relaciones laborales, de la fragmentación de estatutos o de la heterogeneidad de situaciones en función de la fecha bajo la que se concertó el contrato, como reflejo de la proyección del Derecho del Trabajo sobre el ordenamiento de la Seguridad Social. Afecta, en particular, al hecho de que fiarlo todo al principio de proporcionalidad en relación con el trabajador a tiempo completo, sin elaborar un modelo propio dentro del Sistema, es fuente continua de problemas, por cuanto tal patrón admite muy distintos grados (estricta, graduada, atenuada, corregida...) y formas.

La integración de las lagunas de cotización, abordada por el Tribunal Constitucional en la sentencia que el discurso toma como referencia, no deja de ser sino una muestra más de las varias que jalonan el devenir poco afortunado de su ordenación normativa, según cabe seguir del diálogo permanente que mantiene con los Tribunales.

Éstos han tenido que intervenir en no pocas ocasiones para dotar de plentitud o sentido pleno a las normas, cuando no (incluido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el propio Tribunal Constitucional) para forzar su rectificación. El hecho de que en este caso se avale la regulación vigente (con carácter provisional, pues con bastante probabilidad cambiará el signo del pronunciamiento si es una mujer a tiempo parcial la que reclama el amparo invocando discriminación indirecta), lejos de un respiro de alivio para el legislador, quien hace poquísimo tiempo procedió a una reforma normativa puntual provocada por la declaración de nulidad de otras reglas de la disposición impugnada, debería moverle a la reflexión.

Si como anuncia (disposición adicional 4ª RD Ley 11/2013) desea analizar el “posible perfeccionamiento de la cotización como la acción protectora de dicho colectivo”, constituye ésta –mejor que de otra forzada por las circunstancias– una ocasión inmejorable para acometer cuanto debió hacer tiempo ha: un modelo integral de protección social para los trabajadores a tiempo parcial. Propuestas no le faltan; únicamente se requiere voluntad, pues el esfuerzo redundará en beneficio de todos.

⁵⁵ Igual parecer en PANIZO ROBLES, J. A.: “El género sí puede inferir en el nivel de las pensiones (A propósito de la STC de 25 de septiembre de 2014. otra vez trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social)”, cit., pág. 9.