Integración de lagunas de cotización y trabajo a tiempo parcial ocasional. Constitución y ley: trabajo a tiempo parcial accidental y minoración de las pensiones contributivas de incapacidad permanente y jubilación. ATS 5280/2012. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Auto de 26 de abril de 2012. Ponente: Aurelio Desdentado Bonete

Integration of contribution gaps and occasional part-time work. Constitution and law: accidental part-time work and reduction of contributory pensions for permanent disability and retirement. ATS [Order of the Supreme Court] 5280/2012. Supreme Court. Labour Court. Court order dated 26 April 2012. Judge: Aurelio Desdentado Bonete

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- Universidad Complutense de Madrid*
Presidenta emérita del Tribunal Constitucional
https://orcid.org/0000-0002-0781-7166

Cita sugerida: CASAS BAAMONDE, Mª. E.; "Integración de lagunas de cotización y trabajo a tiempo parcial ocasional. Constitución y ley: trabajo a tiempo parcial accidental y minoración de las pensiones contributivas de incapacidad permanente y jubilación. ATS 5280/2012. Tribunal Supremo. Sala de". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Extraordinario* 2021: 47-63.

Resumen

El Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida como Sala General, de 26 de abril de 2012, promovió cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional sobre la norma contenida en el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, reformada por el Real Decreto-Ley 15/1998, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 CE. Su ponente fue el Magistrado Aurelio Desdentado Bonete. La integración de las lagunas de cotización con las bases de cotización mínimas del trabajo a tiempo parcial, cuando la laguna se abría tras un trabajo de esta naturaleza, pero ocasional y obligado por la inexistencia de contratación a tiempo completo, en el caso de trabajadores cuya vida profesional había transcurrido predominantemente a tiempo completo, provocaba la extinción ficticia en el tiempo del criterio reductor de la parcialidad con el efecto de minorar injustificada, desproporcionada y aleatoriamente, y por ende arbitrariamente, las bases reguladoras de las pensiones contributivas de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de jubilación de las personas trabajadoras afectadas por la citada norma legal. La norma legal cuestionada podía vulnerar el derecho fundamental a la igualdad normativa de los trabajadores a tiempo completo. Además, pese a su neutralidad, la norma legal podía configurar un supuesto de discriminación indirecta por sexo y lesionar el derecho fundamental a no padecer discriminación

Abstract

The Order of the Labour Court of the Supreme Court, constituted as the General Court, dated April 26, 2012, raised a matter of unconstitutionality to the Constitutional Court regarding the regulation contained in section b) of rule 3 of number 1 of the seventh additional provision of the General Social Security Act of 1994, amended by Royal Decree-Law 15/1998, for possible violation of articles 9.3 and 14 CE [Spanish Constitution]. Its speaker was Magistrate Aurelio Desdentado Bonete. The integration of the contribution gaps with the minimum contribution bases for part-time work, when the gap opened after a job of this nature, but occasional and forced by the lack of full-time hiring, in the case of workers whose professional life had been predominantly full time, caused the fictitious termination at the time of the criterion reducing partiality, with the effect of reducing unjustifiably, disproportionately and randomly, and therefore arbitrarily, the regulatory bases of contributory pensions of permanent disability derived from common illness and retirement of workers affected by the aforementioned legal regulation. The contested legal regulation could violate the fundamental right to normative equality of full-time workers. In addition, despite its neutrality, the legal regulation could constitute an assumption of indirect gender discrimination and violate female part-time workers'

de las trabajadoras a tiempo parcial, mayoritarias frente a los hombres.

fundamental right to not suffer discrimination, the majority against men.

Palabras clave

Igualdad; No Discriminación; Arbitrariedad; Integración de Lagunas de Cotización; Pensiones Contributivas; Principio Contributivo; Trabajo a Tiempo Parcial

Keywords

Equality; Non-discrimination; Arbitrariness; Integration of Contribution Gaps; Contributory Pensions; Contributory Principle; Part-time job

1. AURELIO DESDENTADO BONETE, MAGISTRADO DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, Y EL AUTO DE LA SALA, COMO SALA GENERAL, DE 26 DE ABRIL DE 2012

El Auto de 26 de abril de 2012[1] de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida en Sala General, se enfrenta a la regulación legal de la integración de las lagunas de cotización con el criterio de la parcialidad del trabajo, si de tal naturaleza era el contrato que deba paso al período de inactividad de la persona trabajadora, aunque ésta hubiera estado contratada de ordinario o mayoritariamente a tiempo completo en su vida profesional y su carrera de cotización sostenida en trabajo a tiempo completo; y su gravosa incidencia reductora del cálculo de la base reguladora de las pensiones contributivas de incapacidad permanente por enfermedad común y de jubilación.

El Auto, dictado en recurso de casación unificadora de doctrina[2], siendo magistrado, ponente Aurelio Desdentado Bonete, elevó cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional sobre la norma contenida en el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (en adelante, LGSS), en la redacción aplicable en aquel momento, que procedía del Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de la estabilidad. por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 CE.

La norma legal disponía que "a efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término". En la interpretación de la Administración de Seguridad Social, la norma ordenaba la integración de las lagunas de cotización con las bases mínimas de la contratación a tiempo parcial, si de esta naturaleza era el contrato de trabajo vigente en el momento del cese que daba paso a la laguna que la norma legal rellenaba. Con las consecuencias negativas que el Auto del Tribunal Supremo ponía abiertamente de manifiesto, sobre las que venía discutiendo la doctrina científica y la doctrina de los tribunales sociales, proponiendo interpretaciones de conformidad con la Constitución, como la sostenida por la propia sentencia de suplicación recurrida en el recurso de casación para la unificación de doctrina en que se dictó el Auto de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª.b), LGSS 1994. La norma legal era de aplicación únicamente en los casos en que toda la vida laboral de la persona trabajadora, o su mayor parte, hubiera discurrido prestando servicios a tiempo parcial.

A. Desdentado Bonete fue un destacadísimo laboralista, que participó decisivamente, desde sus sucesivas y diferentes condiciones profesionales y siempre con su gran capacidad de estudio, de finura analítica y de exigencia crítica, en la construcción de nuestro complejo ordenamiento y sistema seguridad social, que conocía con experiencia tan vasta como dominio

[1] ECLI:ES:TS:2012:5280A.
[2] Rcud núm.1480/2011.

técnico[3]. Desde 1986 contribuyó a su conformación jurisprudencial como magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En este Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la solidez de su construcción legal se combina con el "exquisito cuidado" que el Auto, y Desdentado, su magistrado ponente, expresaron que había de observarse al impugnar la constitucionalidad de la ley, especialmente si esa impugnación se efectúaba invocando un precepto constitucional general e indeterminado como es la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Siguiendo a la jurisprudencia constitucional, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y su Auto, proclamaron que la garantía de la Constitución no podía convertirse en restricción indebida de las legítimas opciones políticas del legislador democrático, regido por la voluntad de la mayoría, por tacha de arbitrariedad. No se arredró, sin embargo, Desdentado, cuya firme convicción sobre le necesidad de elevar cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª, apartado b), de la LGSS de 1994 quedó recogida en el Auto de la Sala, que, siguiendo también a la jurisprudencia constitucional, expuso que, no obstante ese "exquisito cuidado", la arbitrariedad del legislador democrático podía apreciarse cuando la norma careciese de una "explicación racional" suficiente y, en lugar de ser un "arbitrio legítimo" entre diversas opciones, apareciese como una medida inconsecuente o incoherente susceptible de crear tratamientos desiguales y distorsiones" (RJ 6º del Auto, con cita de la STC 19/2012).

La sujeción del poder judicial a la ley, una de las claves del Estado social y democrático de Derecho que nuestra Constitución ha constituido (arts. 117 CE y 5 LOPJ), impidió con seguridad a Desdentado proponer a la Sala la resolución del recurso de casación con una interpretación conforme a la Constitución de una ley, que en su interpretación literal desembocaba en el resultado sostenido por el INSS. Como magistrado ponente condujo a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ante el Tribunal Constitucional, a quien en exclusiva corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley (arts. 161 y 163 CE)

En este Auto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo puso en marcha el mecanismo legalmente previsto en la Constitución (art. 163) y en la LOTC (art. 35) para que los órganos judiciales, obligados a aplicar la ley a la que están sujetos, se dirijan al Tribunal Constitucional, cuando en un proceso concreto duden de la constitucionalidad de la ley aplicable de cuya validez constitucional dependa el fallo, a efectos de que el Tribunal Constitucional ejerza la función de control de la constitucionalidad de la ley, que en exclusiva le compete (monopolio de rechazo). A través de este procedimiento de colaboración el Tribunal Constitucional ejerce un control concreto de la constitucionalidad de la ley, ceñido al caso que el órgano judicial promotor de la cuestión ha de juzgar aplicando la ley en cuestión. El órgano judicial cuestionante, supremo intérprete de la legalidad (art. 123 CE), ofrece al Tribunal Constitucional una interpretación de la ley que vincula a aquél, aunque otras sean posibles y sin restarle su soberanía interpretativa y facultad de efectuar una interpretación de la ley conforme con la Constitución. En ciertos sistemas de justicia constitucional los órganos judiciales participan en la función de aplicación efectiva de la Constitución mediante este procedimiento de promoción de cuestiones de inconstitucionalidad.

Este Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es una decisión judicial relevante de incuestionable significación, animada por el valor constitucional de igualdad y por un profundo sentido de rectitud y rigor sistemático en la ordenación legal del régimen público de seguridad social para todos, garante de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, que la Constitución salvaguarda (art. 41). Ese sentido de rectitud y rigor, acompañado de otro no menos potente de justicia social y de justicia material en el caso, se

[3] No puedo dejar de citar aquí su Manual de Seguridad Social, con L. E. De la Villa, Aranzadi, 1977; 2ª ed., 1979.

materializó en el Auto en la cuidada fundamentación de sus dudas acerca de la adecuación constitucional de la norma legal, y de su aplicación, en el ámbito existencial del principio contributivo como rector de nuestro régimen legal de seguridad social. El Auto trató de combatir el trato desigual peyorativo y arbitrario, que, en aplicación de ese principio legal, resultaba, en su razonado criterio, de la aplicación de la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª, apartado b), de la LGSS de 1994, en el caso que debía resolver. El Auto fue expresivo del propósito de la Sala, guiada por la cualificada opinión del magistrado ponente, de contribuir a la eliminación de desigualdades injustificadas, desproporcionadas y arbitrarias en la regulación del derecho a las pensiones contributivas por causa de la prestación, accidental y forzosa, de formas de trabajo atípico, de consecuencias excesivamente gravosas para los derechos de seguridad social de las personas trabajadoras que se ven compelidas a prestarlo; aquí, el trabajo a tiempo parcial de trabajador varón.

Fue un Auto riguroso y crítico de la solución legal cuestionada con los preceptos, derechos y principios constitucionales, expuesto formalmente con la máxima sencillez que su complejidad material permitía, propia de la claridad de ideas y conceptos de su redactor.

Embebido en la jurisprudencia constitucional, el Auto siguió la estructura de la STC 253/2004, que citaba y conocía a la perfección. Justificó la duda de la Sala sobre la constitucionalidad de la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª, apartado b), de la LGSS de 1994 (versión del RDL 15/1998), argumentando, en primer término, con el derecho a la igualdad ante la ley (arts. 14, primer inciso, y 9.3 CE), que prohíbe al legislador utilizar criterios de diferenciación injustificados por no venir fundados en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados y causantes de efectos desproporcionados, y, como tales, arbitrarios, lo que se concretaba en el cálculo desproporcionadamente reducido de las pensiones señaladas de los trabajadores, ocasionalmente contratados a tiempo parcial, para concluir poniendo de manifiesto la afectación predominante del trabajo a tiempo parcial a las mujeres y el carácter desventajoso de la regulación legal, aparentemente neutra, en la determinación del importe de sus pensiones contributivas, planteando su carácter discriminatorio por sexo (art. 14, segundo inciso, CE).

La cuestión de inconstitucionalidad, registrada con el núm. 3361-2012, fue desestimada por la STC 156/2014, de 25 de septiembre, con el informe a favor de su estimación del Ministerio Fiscal, para el que el precepto cuestionado era "absolutamente arbitrario en cuanto a su resultado"[4], la posición de la Abogacía del Estado tolerante de interpretaciones conformes, y un único voto particular discrepante del magistrado Juan Antonio Xiol Rios. La sentencia se aprobó y notificó cuando el magistrado A. Desdentado se había jubilado[5].

Sobre la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª, apartado b), de la LGSS 1994 se planteó también posteriormente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Auto de 10 de septiembre de 2013. La sentencia, Gran Sala, de 14 de abril de 2015, C-527/13, *Lourdes Cachaldora Fernández,* declaró que 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, no se oponía a nuestra normativa nacional sobre integración de las lagunas de cotización posteriores a un trabajo a tiempo parcial y cálculo de pensiones contributivas sobre las bases mínimas de cotización reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo; y que esa regla

[4] Antecedentes de la STC 156/2014, 8.

[5] Real Decreto 79/2014, de 31 de enero, por el que se declara la jubilación forzosa de don Aurelio Desdentado Bonete al cumplir la edad legalmente establecida (BOE de 29 de marzo de 2014).

legal no entraba dentro del marco de aplicación del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial anexo a 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.

Libre de obstáculos de aplicabilidad por no oponerse al Derecho de la Unión y de las tachas de invalidez constitucional que había apreciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al formular la cuestión de inconstitucionalidad, la norma específica sobre integración de lagunas de cotización se encuentra hoy recogida, en los mismos términos, en el artículo 248.2 de la LGSS, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; un precepto ubicado en el título II de la LGSS, en su capítulo XVII, sobre "Disposiciones aplicables a determinados trabajadores del Régimen General", en concreto en su sección 1ª a los "trabajadores contratados a tiempo parcial", que fueran tales, y no a los que lo hubieran sido ocasional o accidentalmente, como había demandado A. Desdentado en el Auto objeto de este comentario en homenaje a su memoria.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó Sentencia 325/2017, de 20 de abril de 2017[6], en la que siguió la "orientación" del parecer mayoritario del Tribunal Constitucional -¿podía hacer otra cosa? ¿era posible otra solución? ¿cabía otra expresión formal?-, estimó el recurso del INSS y unificó la doctrina de interpretación de la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª, apartado b), de la LGSS 1994. Contó con dos votos particulares discrepantes de las magistradas Maria Milagros Calvo Ibarlucea y Rosa María Virolés Piñol.

2. EL AUTO DE LA SALA DE LO SOCIAL, SALA GENERAL, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2021; ANÁLISIS FORMAL Y MATERIAL

2.1. Juicios de aplicabilidad y de relevancia

El Auto inició su razonamientos jurídicos declarando la competencia funcional de la Sala -puesta en duda por la Fiscalía-, al considerar procedente el recurso de suplicación por concurrir en el caso la afectación general [art. 189.1.b) LPL] resultante de la aplicación de un criterio uniforme del INSS, que trascendía del caso concreto y afectaba a un número significativamente relevante de beneficiarios contratados a tiempo parcial. El INSS integraba las lagunas de cotización aplicando las bases mínimas a tiempo parcial, y no las bases mínimas generales para mayores de 18 años, cuando la última cotización realizada antes de iniciarse la laguna era a tiempo parcial. La afectación general de la cuestión planteada era notoria, "en la medida en que, con la interpretación de la Entidad Gestora, basta un breve periodo de contratación a tiempo parcial en el momento inmediatamente anterior a la iniciación de la laguna –cualquiera que sea la carrera de seguro a tiempo completo del trabajador– para provocar una integración de esa laguna con bases mínimas parciales en función de las horas trabajadas" (RJ 1º).

En el litigio el trabajador demandante llevaba prestando servicios desde 1975 y acreditaba un total de 8.865 días de cotización, de los que únicamente desde el 4 de noviembre de 2000 al 3 de febrero de 2001 había trabajado y cotizado a tiempo parcial; siguió un periodo de inactividad hasta el 16 de enero de 2004, en que fue contratado a tiempo completo. En marzo de 2009 se le reconoció una incapacidad permanente absoluta y el INSS calculó la pensión tomando como periodo de cómputo el comprendido entre el 1 de diciembre de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2008 y aplicando las bases mínimas de trabajo a tiempo parcial desde diciembre de 2000 a principios de enero de 2004, objeto de la controversia litigiosa.

[6] ECLI:ES:TS:2017:1774. Magistrado ponente: Miguel Ángel Luelmo Millán.

En cuanto al recurso de casación para la unificación de doctrina, que competía resolverá la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, era incuestionable la existencia de contradicción entre la sentencia de suplicación recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada, de 2 de marzo de 2011, dictada en el recurso de suplicación[7], formulado por el trabajador demandante frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Granada de 18 de octubre de 2010, que había absuelto al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de la demanda del trabajador sobre prestaciones, y la Sentencia de la misma la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, de 1 de julio de 2009, aportada como sentencia contradictoria por el INSS recurrente.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía recurrida había procedido a de integrar las lagunas existentes a partir del mes de marzo de 2001 y hasta el mes de enero de 2004 con las bases mínimas de cotización correspondientes al período de referencia para mayores de 18 años a tiempo completo, condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración y al abono de las diferencias resultantes de la mayor base reguladora resultante. En el criterio de la sentencia recurrida, era la solución que se ajustaba a la realidad específica de un trabajador que había prestado servicios a tiempo parcial en un período ocasional y limitado en su dilatada actividad total. La Sentencia de contraste había decidido el caso de una trabajadora que había trabajado a tiempo parcial de agosto a noviembre de 2005, al que había seguido un período sin cotización –de noviembre de 2005 a octubre de 2006–, habiendo integrado el INSS integró la laguna con la base mínima correspondiente al número de horas que habían sido contratadas a tiempo parcial. La sentencia referencial consideró que la integración de las lagunas con las bases correspondientes a tiempo parcial era lógica y equilibrada conforme a los principios de contributividad y proporcionalidad[8].

Consiguientemente, el objeto de la controversia casacional unificadora radicaba en si para el periodo controvertido –febrero de 2001 a enero de 2004– había de aplicarse la regla general sobre integración de lagunas con el 100 por 100 de la base de cotización mínima vigente para mayores de 18 años del párrafo 1º, número 4, del artículo 140 la LGSS 1994 o la regla especial de integración a partir de las bases mínimas "parciales" contenida el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional 7ª de la LGSS.

La decisión del proceso dependía, pues, de la validez de la norma de cuya constitucionalidad se dudaba: si la disposición adicional 7ª.1, regla 3ª, apartado b) de la LGSS 1994 era constitucional, la base reguladora del actor se habría calculado correctamente en el periodo ahora controvertido en el recurso –la laguna que va febrero de 2001 a enero de 2004–. La regla legal estaba reiterada por el artículo 7.2 del RD 1131/2002, precepto reglamentario que servía a resaltar la relevancia de la norma de cuya constitucionalidad la Sala dudaba y que debía aplicar para la decisión del recurso. El artículo 7.2 del Real Decreto 1131/2002 podía ser inaplicado por la Sala (art. 6 LOPJ), pero naturalmente esa operación no era posible respecto de la norma legal. El INSS había llamado la atención, en su escrito de interposición del recurso de casación unificadora, acerca de que la literalidad de la norma aplicable obligaba a integrar la laguna de cotización, producida tras la extinción del contrato a tiempo parcial del trabajador, "según la cotización presunta que el trabajador hubiera realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar", lo que exigía que la integración se hiciera "en proporción al porcentaje de parcialidad", porque "esa es la situación legal prevista..., sin que le sea dado al juzgador alterar la literalidad de la ley" –de "rango legal y no meramente reglamentario"– "en aras a una

[7] Núm. 2995/10.

[8] Cfr. RJ 2º del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2012.

mejor protección del trabajador que ha sido descartada por el legislador" (RRJJ 3º y 4º del Auto de 26 de abril de 2012 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo).

El Abogado del Estado ante el Tribunal Constitucional discutiría la falta de relevancia del precepto legal cuestionado, pues su textualidad no predeterminaba ninguna solución, sino que dejaba en la decisión del aplicador la interpretación razonable y motivada de su alcance. Era la interpretación del INSS la que constituía el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que no veía impuesta por el "inexpresivo tenor de la disposición adicional séptima.1.3 b) LGSS", que permitía mas de una interpretación, por lo que la cuestión debía inadmitirse por falta de relevancia[9].

El Tribunal Constitucional rechazó la objeción del Abogado del Estado, aplicando su doctrina sobre el dominio interpretativo de la legalidad del órgano judicial cuestionante en el juicio de relevancia, y sobre la irrelevancia de que la norma legal cuestionada pueda admitir una interpretación conforme a la Constitución para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 156, 2014, FJ 2).

2.2. El fundamento de la duda de constitucionalidad: desigualdad normativa, injustificada y desproporcionada, y arbitrariedad del legislador

2.2.1. La vulneración del derecho a la igualdad ante la ley; la garantía constitucional de la igualdad normativa

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo constató la que denominó "una primera anomalía", consistente en el desfavor sufrido por el trabajador a tiempo parcial, no ya frente a un trabajador a tiempo completo, lo que era para la Sala absolutamente proporcional, sino frente a su situación de inactividad: de haber 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" [RJ 5º.1º)].

La reducción de las bases de cálculo de las pensiones contributivas de incapacidad permanente y de jubilación se producía al vincularse la técnica de la integración de la laguna a la lógica "de la jornada parcial del último contrato anterior al inicio de laguna", proyectándose esa reducción hacia el futuro "a partir de la presunción de que el trabajador hubiera continuado trabajando con la misma reducción de jornada que tenía en el momento de iniciarse el periodo de inactividad al que corresponde la laguna de cotización" [RJ 5º.2º)].

Admitía el Tribunal Supremo que "esta lógica podría tener sentido si el contrato a tiempo parcial fuese una opción estable y voluntaria de participación en el mercado de trabajo". Sin embargo, se trataba de un perjuicio injustificado y desproporcionado para los trabajadores que procedían de una situación de desempleo y se incorporaban al mercado de trabajo a través de la contratación a tiempo parcial como única fórmula contractual posible, forzosa o involuntaria. La reducción de sus bases de cotización no solo resultaba del contrato a tiempo parcial, durante su vigencia, sino que se prolongaba hacia el futuro por el efecto de la norma legal cuestionada. El desempleo, tras un trabajo a tiempo completo, era una opción mejor, pues la integración de la laguna tenía lugar sobre las bases mínimas "generales" a tiempo completo.

[9] Antecedentes, 7 de la STC 156/2014.

La desproporción de la norma legal era patente en el caso: el trabajador tenía "un total de 8.865 días de cotización –en realidad, más, pues se computan solo 37 teóricos por el periodo real de cotización a tiempo parcial de noviembre de 2000 a de febrero de 2001, […]–", de los que solo unos 90 días reales de cotización lo habían sido a tiempo parcial de noviembre de 2000 a de febrero de 2001, pese a lo cual la integración mediante bases mínimas parciales, "notoriamente inferiores a las que se hubieran aplicado no solo si el trabajador hubiera prestado servicios a tiempo completo, sino si simplemente hubiera estado inactivo", se había extendido por un periodo de casi tres años –de febrero de 2001 a enero de 2004– (RJ 5º.2).

Consiguientemente, el Tribunal Supremo adujo que la norma legal podía "ser contraria al principio de igualdad, porque en un supuesto igual –dos trabajadores con los mismos días de cotización acreditados a lo largo de su vida profesional– " introducía "una diferencia de trato peyorativa para el trabajador que antes de cesar en el empleo que inicia la laguna tenía suscrito un contrato a tiempo parcial; tratamiento peyorativo que no se aplicaría a otro trabajador que en el momento anterior al cese estuviera contratado a tiempo completo, aunque este último trabajador tuviera acreditadas el mismo número de cotizaciones a tiempo completo y a tiempo parcial que el primero" Reiterando los términos de su providencia de 13 de diciembre de 2011 por la que había dado audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de promover cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC), insistió en que el tratamiento de un trabajador "con un amplio periodo de cotización a tiempo parcial" al que siguiera "un breve periodo de cotización a tiempo completo" contrastaba con el dado al trabajador con una carrera de seguro "mayoritariamente a tiempo completo, pero que estaba contratado a tiempo parcial en el momento en que se produce el cese que abre la laguna a integrar" [RJ 5º.2º)].

El INSS había justificado la diferencia la en el principio de contributividad, que exige proporcionalidad "entre lo cotizado y lo amparado". La duda de constitucionalidad , sin embargo, subsistía, precisaba una vez más el Auto promovente, pues no se refería al trabajo a tiempo parcial, sino al período de no cotización precedido de un trabajo a tiempo parcial, un período sin "empleo retribuido, ni parcial, ni total". La diferencia de trato no se justificaba por el principio de contributividad, rector de nuestro sistema de seguridad social.

Dialogaba dialécticamente el Auto con el INSS, recurrente, para reforzar la argumentación de su duda de constitucionalidad. El INSS había alegado que podía darse la situación contraria, la del trabajador contratado a tiempo parcial de forma habitual o mayoritaria que pasase un breve período contratado a tiempo completo, tras el cual la integración de la laguna de cotización había de hacerse con el 100% de la base mínima. Para el Tribunal Supremo el ejemplo aportado por el INSS era la mejor prueba del "carácter aleatorio del sistema y la imposibilidad de su justificación en el marco de un juicio de igualdad". El tratamiento peyorativo no sólo carecía de justificación, sino que era desproporcionado, como mostraba "de forma inequívoca el presente caso: un corto periodo de cotización a tiempo parcial de tres meses lleva a una reducción de tres años para un trabajador que durante prácticamente toda su vida laboral ha cotizado a tiempo completo" [RJ 5º.2º)].

2.2.2. La arbitrariedad de la regulación legal

La arbitrariedad que el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo imputaba a la regulación legal cuestionada surgía precisamente de su separación del principio contributivo, de su aleatoriedad y de su desconocimiento "del conjunto de la carrera de seguro de los trabajadores" (RJ 6º), lo que significaba volver al principio de contributividad/proporcionalidad. El sistema de bases ficticias, que presumía que "el trabajo posterior al cese en un trabajo parcial será también una actividad a tiempo parcial" (RJ 6º), por lo que la integración había de hacerse con las bases mínimas correspondientes a la naturaleza del último contrato de trabajo,

se construía sobre una previsión legal innecesaria y sostenida en una presunción inconsistente, que provocaba desigualdades sin justificación objetiva y desproporcionadas. Una solución racional alternativa, acomodada al principio contributivo, consistía en computar la carrera de cotización de la persona trabajadora e integrar las lagunas de cotización proporcionalmente al trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial. La regla legal vigente, en opinión de la Sala, era irracional y puramente aleatoria.

Concluyó el Auto su argumentación, en la línea de la STC 253/2004, con la prueba de la afectación de la norma legal, de cuya constitucionalidad dudaba, mayoritariamente a las mujeres, de acuerdo con la "Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral" del Consejo Económico y Social para 2009 –año en que se reconoció la pensión controvertida–, según la cual de un total de 2.470,7 jornadas a tiempo parcial, 1.917,8 correspondían a las mujeres y sólo 552,9 a los varones. La norma no era neutra en su aplicación práctica, sin justificación aceptable basada en el principio contributivo, que producía "las diferencias de tratamiento y las disfunciones ya indicadas, mientras que, de acuerdo con las técnicas de protección social, existen soluciones más coherentes y más respetuosas con la igualdad para garantizar la efectividad del principio contributivo, aplicando reglas de proporcionalidad a la integración de lagunas en función de la totalidad de la carrera de seguro" (RJ 7º).

La norma contenida en el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS 1994 podría ser, por tanto, contraria al principio de igualdad (art. 14 de la Constitución), al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), y a la tutela antidiscriminatoria del art. 14 de la Constitución por afectar de manera especial a las mujeres.

3. LA STC 156/2014: EL DESPLAZAMIENTO DE LA DUDA DE CONSTITUCIONALIDAD AL PRINCIPIO CONTRIBUTIVO, QUE EL AUTO CUESTIONANTE DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ACEPTABA Y DEFENDÍA, LIBRE DE ARBITRARIEDADES Y RESULTADOS ALEATORIOS; LA DESESTIMACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL VOTO PARTICULAR DISCREPANTE

El Tribunal Constitucional consideró, de acuerdo con el Abogado del Estado y el Fiscal, que, en cuanto a este segundo motivo de inconstitucionalidad, y a diferencia de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la precedente STC 253/2004, el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no superaba el juicio de relevancia al ser el demandante en el proceso de instancia un varón, y no una mujer: "entrar a valorar en la presente cuestión de inconstitucionalidad si la norma cuestionada es discriminatoria por razón de sexo supondría un control abstracto de la misma y una desconexión con el litigio *a quo*" (FJ 2).

Limitada la duda del órgano judicial cuestionante al despliegue del principio de igualdad normativa y su contenido declarado por la jurisprudencia constitucional, la STC 156/2014 recuerda, de entrada, esa jurisprudencia y la específicamente sentada para identificar la efectividad "limitada" del derecho fundamental a la igualdad normativa en relación con las prestaciones del sistema de seguridad social; jurisprudencia que, según la sentencia, advertiría de la necesaria autocontención de la jurisdicción de garantía de la Constitución para no constreñir la democracia, interfiriendo indebidamente en la alteración del equilibrio económico financiero del conjunto del sistema de seguridad social (FJ 4, con cita de sentencias anteriores, naturalmente dictadas en casos distintos a éste).

Frente a la impecable argumentación del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional negó la desigualdad de la norma legal cuestionada

–desautorizando , en parte, el juicio de relevancia del órgano judicial remitente, que había dicho respetar y admitir conforme a doctrina inconcusa–, pues las reglas legales que incorporan la ficción de cotización en los períodos en que ésta no existe son las mismas para trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial: las lagunas de cotización se integran siempre con las bases mínimas de cotización. La diferencia está en que las bases mínimas de cotización son diferentes para trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, para estos últimos proporcionales al tiempo contratado. Afirmó el Tribunal Constitucional: "El tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial *no tiene su origen, por tanto, en la norma que ahora se cuestiona, sino en las normas que, con carácter general, regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en uno y otro caso, y que inciden del mismo modo en la determinación de las bases mínimas*. Y esas reglas se rigen por el principio de proporcionalidad, que es el mismo que rige con carácter general la equiparación de derechos entre unos y otros trabajadores: los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo en proporción a la jornada trabajada [art. 12.4 d) de la Ley del estatuto de los trabajadores]" (FJ 5; las cursivas, mías).

Pero esa no era la diferencia que había sido discutida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que en todo momento había dejado claro que no cuestionaba las diferentes bases mínimas del trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo, justificadas por los principios de proporcionalidad y de contributividad, siendo la proporcionalidad uno de los elementos de la igualdad. Podía haberlo hecho en la línea de las SSTC 253/2004 (períodos de carencia) y 61/2013 (criterios de cómputo de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones)[10], que estimaron las cuestiones de inconstitucionalidad que habían denunciado la exigencia legal de una proporcionalidad estricta para causar derecho a las prestaciones de seguridad social por trabajadoras a tiempo parcial, lesiva por desproporcionada del derecho a la igualdad y a la no discriminación por sexo, pero no lo hizo -no era el caso-, y lo precisó en mas de una ocasión: el Auto asumía la proporcionalidad estricta de la parcialidad que conduce a bases reducidas en función de las horas trabajadas aplicada a trabajo a tiempo parcial real, pues lo contrario hubiera sido ir contra su propia jurisprudencia. La Sala, y A. Desdentado, no cometían tamaña incoherencia intelectual.

El problema radicaba en la decisión del legislador de "cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma", como reconoce la STC 156/2014 en su FJ 5, cuando ese contrato era a tiempo parcial y afectaba a un trabajador con una carrera de seguro a tiempo completo, con lo que el relleno de la falta de cotización con las bases mínimas proporcionales a un trabajo a tiempo parcial que no existía ya y que había sido ocasional en la vida profesional del trabajador arrojaba una diferencia de trato peyorativa en el cálculo de la base reguladora de su pensión contributiva en relación con otros trabajadores con los mismos días de cotización. Ahí radicaba la duda del Tribunal Supremo sobre la licitud constitucional del mandato contenido en la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª, apartado b), de la LGSS 1994, que, en su criterio, no resultaba justificado por el principio contributivo. El Tribunal Constitucional insiste, sin embargo, en que la norma cuestionada es "reflejo de esa forma de fijación de la base mínima de cotización de los trabajadores a tiempo parcial", resultante de la proporcionalidad entre salario, base de cotización y base reguladora de las prestaciones ordenada por la contributividad.

En el desarrollo posterior de su argumentación, el Tribunal Constitucional sitúa su enjuiciamiento en "el hecho de que el legislador haya optado por aplicar *un* criterio contributivo para cubrir la laguna". Es patente, dice, que el legislador podía haber recurrido a

[10] Precedida de la STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, *Isabel Elbal Moreno*, ECLI:EU:C:2012:746.

una fórmula no contributiva para cubrir la laguna –"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" (FJ 5)–. No obstante, en ejercicio de su libertad de configuración el legislador había utilizado criterios de contributividad. Tampoco se trataba de esto, pues precisamente el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no dudaba de la corrección constitucional de basar la ficción legal de cotización en criterios de contributividad; muy al contrario, dudaba de la constitucionalidad de una regla legal que, al imponer la contributividad a tiempo parcial del último contrato, prolongando el coeficiente reductor de la parcialidad durante la ficción legal, no tenía en cuenta el esfuerzo contributivo realmente realizado por el trabajador a través de su trabajo a tiempo completo, causando una minoración desmedida en el importe de sus pensiones contributivas, que justamente el principio de contributividad no justificaba. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional *no es necesariamente inconstitucional* que el legislador del régimen público de seguridad social no tenga en cuenta el mayor esfuerzo contributivo realizado (FJ 5, citando aquí las SSTC 65/1987 y 184/1990, para supuestos que nadan tienen que ver con el aquí contemplado por su justificación[11], salvo la generalidad de la afirmación).

La respuesta de la STC 156/2014 fue que al Tribunal Constitucional no le correspondía decidir si era "más justo", como sostenía el órgano judicial, "un sistema que tuviera en cuenta la carrera de seguro desarrollada a lo largo de toda la vida profesional y que ponderara proporcionalmente los períodos trabajados a tiempo completo y a tiempo parcial" (FJ 5), siendo el derecho a la seguridad social un derecho de estricta configuración legal, según jurisprudencia constitucional reiterada. Sin embargo, y de nuevo, tampoco se trataba de esto. El órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no sostenía un sistema mas justo; sostenía que la regulación de la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª, apartado b), de la LGSS 1994 era contraria a las exigencias del derecho fundamental a la igualdad en la ley y del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad del legislador, atendiendo al principio contributivo que rigurosamente tomaba en consideración. Naturalmente, podría decirse que el sistema legal no era el "mas justo" como consecuencia de la aplicación aleatoria del principio contributivo que entrañaba, medido por la proporcionalidad de la parcialidad. Pero era la Constitución la que para la Sala cuestionante estaba indebidamente comprometida, o podía estarlo.

No lo estuvo para la STC 156/2014. El derecho a la igualdad legislativa no sufría con la regulación cuestionada, porque las situaciones comparadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no guardaban la identidad requerida, "pues en un caso se trata de trabajadores a tiempo completo y en otro de trabajadores a tiempo parcial, y esa diferencia en la duración de la jornada laboral se relaciona, por exigencias del carácter contributivo del sistema y en estricta aplicación del principio de proporcionalidad, con diferencias en los salarios de unos y otros, y consiguientemente en las bases de cotización, y derivadamente en las bases mínimas de cotización utilizadas para la integración de las lagunas" (FJ 5). De nuevo, tampoco se trataba de esto, sino de hacer depender la integración de lagunas de la parcialidad sobrevenida tras un contrato ocasional a tiempo parcial, seguido de un trabajo a tiempo completo, cuando la carrera de seguro del trabajador era, con esa excepción, a tiempo completo y estaba completada ya para el cálculo de la pensión.

[11] Pensiones del mutualismo administrativo presuntamente "adquiridas" y exigencia de matrimonio para el reconocimiento de pensiones de viudedad y desconocimiento de esas pensiones a miembros de parejas de hecho, pese a su cotización.

Tampoco incurría la norma en la arbitrariedad del legislador constitucionalmente proscrita, principio de escasa densidad preceptiva para efectuar el control del legislador democrático y la pluralidad posible de sus opciones políticas de oportunidad ya advertida por la Sala de lo Social-, señaladamente si el principio actúa aisladamente con valor resolutorio, lo que así sucedía, dado que la norma legal cuestionada no causaba discriminación ni desigualdad y estaba provista de una justificación que el Tribunal Supremo no compartía, pero que era objetiva y razonable –"entender que el trabajador habría continuado prestando servicios a tiempo parcial si no se hubiera producido la circunstancia que motivó el cese de su obligación de cotizar y la correspondiente laguna" (FJ 6)– y se acomodaba a las técnicas utilizadas por el legislador de seguridad social, que ha de ponderar con cuidado las situaciones de necesidad al repartir medios económicos escasos, y suele recurrir a períodos de referencia inmediatamente anteriores al hecho causante y no, en cambio, a "criterios relacionados con la totalidad de la vida laboral de un trabajador" (FJ 6).

Las palabras son, ciertamente, hijas del tiempo en que fueron escritas. La STC 156/2014 es una sentencia de "crisis económica", entre las SSTC 119/2014 y 8/2015, con cánones de enjuiciamiento constitucional próximos a los empleados por éstas sobre la libertad de configuración del legislador, y que cita –sin necesidad de hacerlo por su inaplicación a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo– las reformas de la regulación legal de la cobertura de lagunas con el 100 por 100 de la base de cotización mínima vigente para mayores de 18 años sin ningún límite temporal, introducidas por la Ley 27/2011 y la Ley 3/2012 con objeto de reducir el tiempo en el que esa cobertura se efectuaba con el 100 por 100 de la base mínima, en una operación legal fortalecedora del principio de contributividad del sistema público de pensiones (FJ 3).

Y, finalmente, los resultados de la normas legal cuestionada no eran aleatorios: "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 otros múltiples aspectos de la relación de Seguridad Social […]" (FJ 6). La lectura de esta parte final de la sentencia evoca la seguridad social y su regulación jurídica como una institución y un sector del ordenamiento exentos o próximos a la "exención de la constitucionalidad" referida y criticada por el voto particular discrepante del magistrado Xiol Ríos.

Afirmó el voto disidente que el Auto de planteamiento de la cuestión demostraba que la regla cuestionada producía "resultados arbitrarios e inesperados en el funcionamiento real del sistema de suficiente relevancia para poder estimarlos como generadores de una grave distorsión en relación con los principios en que se funda este, particularmente los principios de contributividad y de proporcionalidad, y sin relevancia alguna para poder ser explicados como producto de una distinción entre clases de trabajo, ni entre situaciones o categorías determinadas por el propio legislador, ni como producto de una selección de recursos para el mantenimiento del equilibrio del sistema, ni como resultado de una opción legislativa difícil o imposible de ser sustituida o corregida sin afectar a aquel en grandes o pequeñas proporciones".

La sentencia dio lugar a numerosos comentarios doctrinales, algunos muy críticos, que por el espacio limitado de este comentario no cito.

4. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGALIDAD POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA STC 156/2014: DE LA LIBERTAD DEL LEGISLADOR COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD AL CRITERIO DEL LEGISLADOR DE SEGURIDAD SOCIAL COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

Frente al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que había puesto ante los ojos del Pleno del Tribunal Constitucional la "penalización" que resultaba de la disposición legal cuestionada, injustificada, desproporcionada y arbitraria, pues la reducción desmedida que la parcialidad accidental producía en el importe de la pensión contributiva del trabajador a tiempo completo no guardaba relación con su carrera de seguro, con el principio contributivo, el fallo de la STC 156/2014 fue desestimar la cuestión de inconstitucionalidad. La disposición adicional adicional séptima, número 1, regla 3ª, apartado b), de la LGSS 1994 no era inconstitucional en la interpretación y aplicación del INSS, que era el entendimiento de la norma legal que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había hecho suya al exponer el juicio de relevancia sobre la norma legal aplicable para resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina. En el cuerpo de su fundamentación jurídica, sin embargo, la STC 156/2014 no dejó espacio libre a la constitucionalidad de otras interpretaciones de la norma legal cuestionada.

De las objeciones del voto particular, es de destacar la que denuncia el énfasis que la STC 156/2014 ha puesto en argumentar la constitucionalidad de la norma cuestionada, "en el sentido de que la interpretación correcta del precepto cuestionado es precisamente la examinada y no otra". El Magistrado Xiol recuerda –por lo demás, algo elemental en el control de contitucionalidad de la ley, sin necesidad de traer aquí la consideración kelseniana de los tribunales constitucionales como legislador "negativo" y sus posibles significados– que el hecho de que el Tribunal Constitucional hubiera resuelto que la interpretación de la norma legal ofrecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, para confrontarla con la Constitución, no vulneraba los artículos 14 y 9.3 de la Constitución no significaba "obligatoriamente" que fuera esa la interpretación que debía ser aplicada por los órganos judiciales si entendían que cabía otro tipo de interpretación. Concluye el magistrado discrepante: "En última instancia, obvio es decirlo, la función de 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 norma cuestionada para ponderar su aplicación".

Resulta, en el caso, que la construcción lógico-constitucional del cuestionamiento de la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª, apartado b), de la LGSS 1994 por el Auto de 26 de abril de 2012 partía de la interpretación de la legalidad, a partir de su literalidad, expresada en el juicio de relevancia del Tribunal Supremo, que precisaba de la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal para desestimar el recurso de casación unificadora de doctrina el INSS y aplicar la interpretación "conforme" de la sentencia de suplicación recurrida. Volviendo a una idea ya expuesta, seguramente, A. Desdentado y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que deseaban hacer justicia material desestimando el recurso, consideraron que la interpretación conforme de la norma legal cuestionada suponía su vaciado normativo y que, en consecuencia, no estaba en sus atribuciones –si no se caía en un voluntarismo interpretativo– unificar la doctrina imponiendo esa interpretación de conformidad a la Constitución, sino que el juicio de constitucionalidad sobre la norma legal cuestionada, y, en su caso, su interpretación de conformidad constitucional correspondía al Tribunal Constitucional.

El tan característico y marcado sentido institucional y de compromiso con la democracia constitucional y la honestidad personal de A. Desdentado explican de modo seguro su proceder y su empeño en contrastar la norma legal, en su interpretación hecha por el juicio de relevancia del Auto, que era la obligada por su sentido preceptivo, con la Constitución ante el órgano que podía declarar su oposición a la Constitución, y que el Auto fundamentó con la precisa y completa argumentación que conocemos.

5. EL CIERRE DEL AUTO DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2012 Y DEL PROCESO CONSTITUCIONAL: LA UNIFICACIÓN DOCTRINAL POR LA SENTENCIA DE LA PROPIA SALA 325/2017, DE 20 DE ABRIL DE 2017, Y SUS VOTOS PARTICULARES

Finalmente, tras siete años, complicaciones e incidentes procesales, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó Sentencia 325/2017, de 20 de abril de 1017[12], por la que estimó el recurso del INSS y unificó la doctrina, señalando como correcta la contenida en la sentencia de contraste, justificando su decisión mayoritaria en que el el texto legal no distingue –como había hecho la sentencia de suplicación recurrida– a efectos de permitir la integración de las lagunas con las bases mínima de cotización a tiempo completo, "por más que sean las más caracterizadas, por su extensión cronológica", en el período a computar para la determinación de la base reguladora, siendo ésta "una interpretación contraria a la que se deriva de la dicción gramatical del texto, que es la hermenéutica a que hay que atender en primer lugar conforme al art 3.1 del CC". La interpretación literal del precepto era la que conducía a este resultado, que el legislador se había encargado de asegurar al ordenar la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar con la base mínima de cotización de entre las aplicables "en cada momento", precisando el momento con el "correspondiente al número de horas contratadas en último término" (FD 5º).

La función unificadora de doctrina de la sentencia se manifestó con absoluta determinación, al advertir la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que no cabía otra conclusión, "porque ese "momento" es "el último trabajado o "último término" antes de la mencionada etapa en que no hubo obligación de trabajar, que ha de ser integrada" (FD 5º).

A partir de aquí, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo razonó con los argumentos prestados por el Tribunal Constitucional, como si fuera tal, contestando las objeciones de constitucionalidad levantadas por el Auto de la propia Sala: ni había desigualdad, ni arbitrariedad en la regulación legal cuya interpretación unificaba…. De este modo, desafortunada y paradójicamente, el Auto, ponencia del magistrado Aurelio Desdentado Bonete, que había iniciado el camino de contrastar con la Constitución una regla legal de comprobados efectos dañosos para el calculo de la pensión contributiva de incapacidad permanente del trabajador demandante -y de tanto otros por su afectación general notoria-, de efectos injustificados y desproporcionados desde su comprensión con los principios de contributividad y proporcionalidad, en comparación con otro trabajador con igual carrera de cotización, medida en días cotizados y esfuerzo contributivo, pero inmune por azar de la contratación a la regla legal de integración con bases de cotización mínimas reducidas por el coeficiente de parcialidad, recibió la doble desautorización, primero, del Tribunal Constitucional y, después, de su propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Seguramente el propio Aurelio Desdentado hubiese acogido esta interpretación; seguramente también con otra construcción y lenguaje.

[12] Precedida de la STS 221/2017, de 16 de marzo, siendo también ponente el magistrado Miguel Ángel Luelmo Millán; rcud. núm.1871/2013, - ECLI:ES:TS:2017:1444.

El voto particular de la magistrada María Milagros Calvo Ibarlucea, al que en su mayor parte se adhirió la magistrada Rosa María Virolés Piñol, precisó su conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia, y su disconformidad con su aplicación al caso concreto: "Con carácter de excepcionalidad no podemos dejar de atender las razones que guiaron la suplicación hasta adoptar la decisión que el recurso combate. Nos referimos con ello a una carrera de seguro en jornada completa que se inicia el 1 de febrero de 1975, se trunca en diciembre de 2000 con la prestación de servicios a tiempo parcial hasta febrero de 2001, y no se reanuda, de nuevo ya en jornada completa hasta 2004 en la que prosigue hasta el inicio de la incapacidad temporal".

Las magistradas Calvo y Virolés solicitaron atemperar el rigor de la regulación legal con una interpretación flexible en casos que la demandasen, y desde luego en el caso resuelto con su discrepancia, en que, en su opinión, se producía un evidente trato desigual peyorativo y arbitrario del trabajador demandante y recurrido. En realidad, solicitaban volver a la situación de partida, desestimando el recurso de casación unificadora del INSS y confirmando la sentencia de suplicación, resultado que el Auto del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2012 había perseguido mediante la promoción de la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal aplicable, injustificada y de consecuencias desproporcionadas, que, en la razón del Auto cuestionante de la constitucionalidad, claramente argumentada, impedía confirmar la sentencia de suplicación recurrida. El artículo 5.3 de la LOPJ dispone que procede "el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional". Es cierto que el entendimiento amplio del Tribunal Constitucional de esa procedencia no es coincidente con el precepto orgánico reproducido, que no se aplica a aquel, únicamente sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1.1 LOTC). El Tribunal Supremo está sometido a la Constitución y al ordenamiento jurídico; incontrovertiblemente al artículo 5.3 de la LOPJ.

Es posible que, en su formulación, la discrepancia de las magistradas Calvo y Virolés se acogiera a la comprensión de los efectos de la STC 156/2014 que el voto particular de Xiol Rios dejo abierta, bien que con carácter discrepante. Es clara su opción por una interpretación flexible, a la que la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no era ajena en otras materias, y que conllevaba su respeto a la STC 156/2014; esa opción fue manifiesta en la conclusión del voto particular de la magistrada Calvo: "Parafraseando a la doctrina […] sobre el paréntesis, la estricta interpretación de la norma rectora, atendidos parámetros tales como la respectiva duración de la carrera de seguro y la de la contratación a tiempo parcial, *podría llevar a convertir esta última en una forma de infortunio personal*, de consecuencias imprevisibles en el terreno de la disuasión y de la apertura de un nuevo espectro fraudulento en la evasión de los contratos de aquella naturaleza" (las cursivas, mías).

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 325/2017, en cambio, hizo su interpretación literal de la norma legal y no sólo acogió, sino reformuló la interpretación "rigurosa" de la literalidad del precepto legal del Tribunal Constitucional como única interpretación de la legalidad posible.

6. REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL POSTERIOR

En la estela del Auto de 26 de abril de 2012 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de la STC 156/2014 hay que anotar desarrollos posteriores de la jurisprudencia constitucional.

Unos meses antes de la aprobación de la STC 156/2014, el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, el 21 de abril de 2014, había planteado cuestión de inconstitucionalidad, núm.

2502-2014, en relación con los apartados a) y b) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima del texto refundido de la LGSS 1994, en la redacción dada, respectivamente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y por el Decreto-ley 15/1998, por posible vulneración de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución. Fue desestimada por STC 110/2015, de 28 de mayo, con voto particular del magistrado Xiol Ríos. La STC 110/2015 aplicó la doctrina de la STC 156/2014 y entró a resolver sobre la posible vulneración del derecho a no padecer discriminación indirecta por sexo del artículo 14, segundo inciso de la Constitución, que en aquella ocasión no fue posible por defecto del juicio de relevancia, al ser en este caso una mujer la demandante en el proceso *a quo*. Concluyó, con aplicación de la STJUE *Cachaldora Fernández*, que, aunque sea el sexo femenino el que desarrolla más comúnmente su trabajo a tiempo parcial, esa circunstancia no es relevante para apreciar la producción de un efecto especialmente adverso para las mujeres por la aplicación de la regla desfavorable de la disposición adicional séptima, número 1, 3ª. b) de la LGSS 1994. Es necesario acreditar que son las mujeres quienes mas frecuentemente se encuentran en una situación de integración de cobertura de lagunas de cotización tras un trabajo a tiempo parcial, "situación que no es idéntica a la circunstancia de trabajar a tiempo parcial, ni consecuencia inexorable de ésta. En fin, solo constatando que en la carrera laboral de las mujeres hay notablemente más supuestos de lagunas de cotización inmediatamente posteriores a contratos a tiempo parcial podríamos tener por cumplido este segundo presupuesto del canon de discriminación indirecta" (FJ 11).

La STC 91/2019 retomó prevenciones y consideraciones, argumentaciones en definitiva, de la STC 156/2014. Dictada sobre una diferente norma legal de cálculo de bases reguladoras de las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente de las personas trabajadoras a tiempo parcial y sobre la incidencia reductora de la aplicación, por determinación legal, del coeficiente de parcialidad en la fijación del número de días cotizados y en el porcentaje de la pensión de jubilación –la limitación de la declaración de inconstitucionalidad vino impuesta por el objeto de la demanda de amparo[13]–, la STC 91/2019, del Pleno del Tribunal Constitucional, estimó la cuestión interna de inconstitucionalidad, planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, y declaró la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "de jubilación y" del párrafo primero de la letra c) (Bases reguladoras) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, de la LGSS 1994, en la redacción del Real Decreto-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, precepto contenido en el art. 248.3 de la vigente LGSS de 2015[14]. La inconstitucionalidad se circunscribió a la reducción proporcional de la cuantía de la pensión contributiva por debajo de la base reguladora provocada por la aplicación del coeficiente de parcialidad inferior al 67 por 100, que no queda compensado por la aplicación del coeficiente legal del 1,5: además de vulnerar el derecho fundamental a la igualdad ante la ley de los trabajadores a tiempo parcial en relación con los trabajadores a tiempo completo en el cálculo del periodo de cotización, ese efecto "reductor de la base reguladora para quienes tienen el tiempo mínimo de quince años que permite el acceso a la prestación constituye una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el inciso segundo del art. 14 CE, por lo que la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial a los que se aplique la disposición adicional séptima LGSS 1994 deberá realizarse sin tomar en consideración el referido coeficiente de parcialidad, es decir, sin la reducción derivada del mismo" (FJ 12).

[13] Estimada por la STC 92/2019, de 15 de julio, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

[14] Sobre la complejidad de la identificación de la "parte" inconstitucional de la norma legal véase el FJ 11 de la STC 91/2019.

La STC 91/2019 ha reiterado, en el marco de su doctrina general sobre la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema de seguridad social en atención a circunstancias económicas y sociales dentro de la Constitución, en concreto en su FJ 6.b), los siguientes pasajes y razonamientos de la STC 156/2014:

-"En las SSTC 156/2014 y 110/2015 se examinó el régimen legal para la integración de los periodos sin obligación de cotizar, a efecto del cálculo de la prestación de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. El Tribunal constató que la integración se efectuaba con el mismo mecanismo –teniendo en cuenta la base mínima en cada caso– tanto para los trabajadores a tiempo parcial como para los trabajadores a tiempo completo, lo que descartaba la lesión del art. 14 CE, incluso aunque el resultado de la aplicación de ese mecanismo tuviera un efecto diferente en función de que el periodo previo de cotización lo fuera a tiempo completo o a tiempo parcial";

– "si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional contenido en el art. 41 CE, el carácter de régimen público de la seguridad social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad –que habrán de ser precisadas en cada caso– implica que las prestaciones de la seguridad social, no se presenten ya –y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas– como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17)" (STC 156/2014, FJ 5).

– "el carácter redistribuidor inherente a la seguridad social lleva al legislador a desplazar en ocasiones el principio de proporcionalidad entre cotización y prestación, y no por ello esas reglas vulneran el art. 14 CE" (STC 156/2014 , FJ 5). Como ejemplo se mencionó expresamente, además de las reglas de integración de lagunas de cotización, el que la propia base reguladora de la prestación tuviera una cuantía diferente en función de si el trabajador ha cotizado en los últimos años de su vida profesional como trabajador a tiempo completo o como trabajador a tiempo parcial, o igualmente en función de si en los últimos años ha desempeñado trabajos menos cualificados y remunerados que al principio de su vida profesional o a la inversa".

– "En suma, el legislador puede optar entre distintas configuraciones del sistema de seguridad social, en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pudiendo establecer mecanismos que tengan en cuenta en mayor o menor medida el esfuerzo contributivo realizado; pero ello no significará que sea inconstitucional la opción que tenga en cuenta en menor medida el esfuerzo contributivo realizado (STC 156/2014 FJ 5, citando expresamente las SSTC 65/1987, FJ 17, y 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3)".

Hasta aquí han llegado, por el momento, los ecos de la STC 156/2014, recaída para dar respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición legal cuestionada, y conexas, promovida por el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2012, constituida como Sala General, de 26 de abril de 2012, aprobado bajo la ponencia del magistrado Aurelio Desdentado Bonete, que acertó a manifestar la opinión colegial del supremo órgano judicial. De otra parte, la invocación y exposición de la doctrina de la STC 156/2014 sobre los requisitos del juicio de relevancia en las cuestiones de inconstitucionalidad es absolutamente frecuente en los autos de inadmisión y sentencias posteriores del Tribunal Constitucional, demostrando esa conversión en cita paradigmática que el juicio de relevancia sobre la norma legal aplicable de cuya validez dependía el fallo del recurso de casación unificadora, contenido en el Auto del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2012, había sido formulado de manera impecable.