



Roj: **ATS 5280/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5280A**

Id Cendoj: **28079140012012201163**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2012**

Nº de Recurso: **1480/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil doce.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de octubre de 2010, el Juzgado de lo Social nº 2 de Granada dictó sentencia , en cuya parte dispositiva consta lo siguiente: "Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Jose Luis contra el INSS, debo absolver y absuelvo al referido organismo de las pretensiones en su contra deducidas".

**SEGUNDO.-** En los hechos probados de esa sentencia se establece que: "1º.- Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 11/03/09 se reconoció al actor, D. Jose Luis , mayor de edad y con DNI nº NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM001 , el derecho a percibir una pensión mensual vitalicia de incapacidad permanente absoluta del 100% de su base reguladora de 585,89 euros y efectos económicos desde el 04/03/09. --- 2º.- Para el cálculo de la base reguladora el INSS ha tenido en cuenta en el periodo comprendido entre el 01/12/00 hasta el 30/11/08 el importe de las bases de cotización mínimas así como que no existió obligación de cotizar desde el mes de febrero de 2.001 hasta el de enero de 2.004. ---3º.- Disconforme con la base reguladora fijada en la mencionada Resolución, el actor formuló reclamación previa que fue desestimada. La demanda se presentó el 18/06/09. ---4º.- El actor solicita que para el cálculo de la base reguladora de la pensión que le ha sido reconocida se computen las bases mínimas para mayores de dieciocho años en el periodo comprendido desde el mes de marzo de 2.002 hasta el de febrero de 2.009".

**TERCERO.-** Recurrida en suplicación la citada resolución, la Sala de lo Social de Granada del Tribunal de Justicia de Andalucía dictó sentencia, en la que con estimación parcial del recurso de D. Jose Luis , se revoca la sentencia de instancia para determinar la base reguladora integrando 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 periodo de referencia para mayores de 18 años a tiempo completo, condenando al INSS a que esté y pase por esa declaración y al abono de las diferencias resultantes de la mayor base reguladora así fijada.

Es importante destacar que en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Granada se recoge con valor fáctico que "el actor ha cotizado un total de 8.865 días y siendo de ellos únicamente 37 días los que se corresponden con un periodo de trabajo a tiempo parcial (40% de la jornada), ese diferencial supone el 0,42% del cómputo total de la prestación de servicios a lo largo de la vida laboral de dicho trabajador".

**CUARTO.-** Contra esta sentencia preparó e interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el que se designó como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social de Granada el 1 de julio de 2009 en el recurso de suplicación 874/2009 y se denuncia como infringida la disposición adicional 7ª, número 1, regla 3ª.c) de la Ley General de la Seguridad Social y



el art. 140.4 de dicha Ley en relación con lo dispuesto en el art. 7.2 del Real Decreto 1131/ 2002, de 31 de octubre , y en los arts. 12.1 , 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores .

**QUINTO.-** El recurso se admitió a trámite por providencia de 30 de junio 2011, si bien se advirtió a las partes y al Ministerio Fiscal en esta misma providencia que podría existir causa de nulidad de actuaciones si por razón de la cuantía no procediera el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia. El Instituto Nacional de la Seguridad Social formuló alegaciones por escrito de 27 de septiembre de 2011, sosteniendo que contra la resolución de instancia no cabía recurso de suplicación, a lo que se opuso la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso de 4 de octubre de 2011. El Ministerio Fiscal sostuvo en su informe de 20 de octubre de 2011 la procedencia de la nulidad de actuaciones por no ser recurrible en suplicación la sentencia de instancia.

**SEXTO.-** Por providencia de 3 de noviembre de 2011 se señaló el presente recurso para votación y fallo para el día 13 de diciembre de 2011. En esa deliberación la Sala acordó dictar providencia en los siguientes términos:

"De conformidad con lo dispuesto en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , y ante el posible planteamiento de **cuestión de inconstitucionalidad** del apartado b) de la regla tercera del nº 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social , se deja sin efecto el señalamiento para votación y fallo del presente recurso y se concede a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo común de DIEZ DÍAS para que puedan formular alegaciones sobre la pertinencia de plantear dicha **cuestión**.

La duda sobre la constitucionalidad de la mencionada disposición se suscita en la medida en que la misma, al establecer la aplicación de las bases mínimas por horas que correspondan en función del último contrato, cuando éste es a tiempo parcial, introduce un trato desigual peyorativo y arbitrario para los trabajadores que, como el actor, han mantenido en su vida laboral amplios periodos de cotización a tiempo completo y, que, sin embargo, tras un cierto periodo de contratación a tiempo parcial, verán reducida de manera desproporcionada su pensión al realizarse la **integración de lagunas** a través de las bases mínimas parciales por horas. De esta forma, la aceptación de un empleo a tiempo parcial es objeto de una penalización, que opera además de manera desproporcionada, pues la reducción que aplica no guarda relación con la carrera de seguro del trabajador. Es también una solución que podría considerarse arbitraria, pues en el caso contrario un periodo amplio de cotización a tiempo parcial seguido de un breve periodo de contratación a tiempo completo llevaría a conceder un beneficio igualmente desproporcionado. La norma contenida en el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS 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, por lo que, siendo su validez determinante para la resolución del caso, una vez aceptadas la contradicción y la competencia funcional de la Sala por concurrir en el caso la afectación general, procedería plantear **cuestión de inconstitucionalidad**".

**SEPTIMO.-** Considera el Instituto Nacional de la Seguridad Social en su escrito de alegaciones de 19 de enero de 2012, que no procede plantear la **cuestión de inconstitucionalidad** porque la regulación contenida en la disposición adicional 7ª de la Ley General de la Seguridad Social no introduce ninguna discriminación contraria al principio de igualdad, ya que la diferencia de trato se asienta sobre el principio de contributividad que conlleva "la proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado". Se trata además de situaciones diferentes las que se producen en los contratos a tiempo completo y a tiempo parcial. Niega el organismo recurrente también la existencia de una penalización desproporcionada de la concertación de un contrato a tiempo parcial, sosteniendo que no hay propiamente aquí carrera de seguro, ya que se trata de atribuir cotizaciones ficticias a un periodo durante el cual no se cotizó. Tampoco existe para la gestora arbitrariedad, pues la **integración** se realiza sobre la cotización que el trabajador hubiera presumiblemente realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar; para esta parte lo arbitrario sería lo contrario: tomar las bases mínimas a tiempo completo que no corresponden al último empleo. Por último, la discriminación por sexo no sería apreciable ni de forma directa, ni indirecta, pues se trata de una regulación que se aplica igualmente a hombres y mujeres, y existe además una causa objetiva que justifica la solución aplicada por la norma.

La parte recurrida en su escrito de fecha 19 de enero de 2012 se ha manifestado a favor del planteamiento de la **cuestión de inconstitucionalidad**, poniendo de relieve que ha prestado servicios a tiempo parcial en un periodo ocasional y limitado por lo que entiende que se penaliza de forma desproporcionada y arbitraria a las personas que han aceptado un contrato a tiempo parcial en un corto periodo de su vida laboral en la que ha prevalecido la contratación a tiempo completo. Resalta también la proyección discriminatoria por sexo de la norma al afectar ésta de forma mayoritaria a las mujeres.

Por su parte, el Ministerio Fiscal sostiene en su informe que se ha identificado de forma suficiente la duda de **inconstitucionalidad** y que se cumplen también las exigencias de los juicios de aplicabilidad y relevancia,



pues la norma cuya constitucionalidad se cuestiona es la aplicable para resolver el caso planteado y de su constitucionalidad depende el sentido del fallo.

**OCTAVO.-** Cumplidos los anteriores trámites y en virtud de lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se acordó por providencia de 28 de marzo de 2012 señalar el recurso para Sala General, convocándose a todos los Magistrados de la Sala para el día 25 de abril de 2012, en que tuvo lugar.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** El art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que "cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la **cuestión de inconstitucionalidad** con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley". El planteamiento de la **cuestión** se vincula así a un juicio sobre la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona y a otro juicio sobre la relevancia de la misma en el sentido de que ésta debe ser aplicable al caso y de que de su validez en términos de constitucionalidad depende la decisión del asunto, garantizando así "la interrelación necesaria entre el fallo del proceso a quo y la validez de la norma cuestionada" ( Auto del Tribunal Constitucional 189/2009, con cita de la STC 28/1997 y del Auto 24/2008 ).

Por ello, conviene comenzar aclarando que, aunque por providencia de 3 de junio de 2011, se acordó oír a las partes sobre la posible falta de competencia funcional de la Sala por no ser recurrible en suplicación la sentencia de instancia, la consideración posterior del asunto ha llevado a entender que el recurso de suplicación era procedente por la vía del apartado b) del número 1 del art. 189 de la Ley de Procedimiento Laboral. En este sentido se aprecia como notoria la existencia de una proyección general ya que estamos ante un criterio uniforme del organismo gestor que trasciende el caso aquí debatido y que afecta a un número significativamente relevante de beneficiarios contratados a tiempo parcial 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. Es apreciable igualmente la amplia proyección de este criterio que tiene, por tanto, entrada en el art. 189.1.b) de la LPL. Nuestras sentencias de Pleno de 3 de octubre de 2003 ya precisaron que el que la afectación general exija una situación de conflicto generalizado no significa que sea "necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales a consecuencia de la **cuestión** que la produce"; la idea de notoriedad que ha de tomarse en cuenta a estos efectos "tiene que ser más flexible y matizada, bastando que por la propia naturaleza de la **cuestión** debatida, por las circunstancias que en ella concurren... tal **cuestión** sea calificable como notoria", lo que puede derivar de "la intrínseca y peculiar naturaleza de las reclamaciones efectuadas". Y esto es lo que sucede en el presente caso atendiendo a la trascendencia de la **cuestión** planteada y a los trabajadores que pueden considerarse afectados por la misma.

**SEGUNDO.-** Los datos básicos que delimitan la controversia planteada en la sentencia recurrida se refieren a un trabajador por cuenta ajena que lleva prestando servicios desde el año 1975 y que acredita un total de 8.865 días de cotización; de esos días solo desde el 4 de noviembre de 2000 al 3 de febrero de 2001 trabajó y cotizó a tiempo parcial. A este periodo siguió un periodo de inactividad hasta el 16 de enero de 2004 en que "el actor es 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; aplicó las bases mínimas de trabajo a tiempo parcial desde diciembre de 2000 a principios de enero de 2004, aunque el tiempo trabajado a tiempo parcial fue únicamente el comprendido entre el 4 de noviembre de 2000 y el 3 de febrero de 2001. El INSS ha aplicado las bases mínimas a tiempo parcial por ser también a tiempo parcial la última cotización realizada antes de iniciarse la **laguna**. En la demanda se pide que el periodo de cómputo de la base reguladora sea el comprendido entre marzo de 2002 y febrero de 2009 y que, de diciembre de 2000 a enero de 2004, la **integración de lagunas** no se realice con las bases mínimas del contrato a tiempo parcial, sino con bases mínimas generales. La sentencia de instancia desestimó la demanda. Pero la sentencia recurrida estimó en parte la pretensión relativa a la **integración de lagunas**, considerando que la exclusión de la aplicación de las bases mínimas generales no puede llevarse más allá del mes de febrero de 2001, en el que se produce la extinción del contrato a tiempo parcial, lo que significa que desde el mes de marzo de ese año -2001- y hasta el mes de enero de 2004, en el que se le vuelve a contratar, las **lagunas** han de integrarse, pero no con las bases parciales, como ha hecho el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sino con las bases mínimas generales correspondientes a los trabajadores mayores de 18 años.



Contra este pronunciamiento recurrió el INSS en unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la de la misma Sala de Granada de 1 de julio de 2009, que decide el caso de una trabajadora a la que en febrero de 2008 le fue reconocida una pensión de incapacidad permanente total. En el supuesto que decide esta sentencia dentro del ámbito temporal de cómputo de la base reguladora existía un periodo sin cotización -de noviembre de 2005 a octubre de 2006- que estaba precedido por otro periodo de cotización a tiempo parcial -de agosto a noviembre de 2005-, por lo que el INSS integró la **laguna** tomando la base mínima correspondiente al número de horas que habían sido contratadas a tiempo parcial. La situación es en lo sustancial la misma, pues también aquí existía un corto periodo de trabajo a tiempo parcial que determinó que toda la **laguna** de cotización -en este caso de once meses- se cubriera con las bases mínimas parciales y, sin embargo, la solución es opuesta a la que adoptó la sentencia aquí recurrida, pues se considera que la **integración** de las **lagunas** con las bases correspondientes a tiempo parcial es lógica y equilibrada conforme a los principios de contributividad y proporcionalidad. Hay que apreciar, por tanto, la contradicción que se alega, debiendo decidirse sobre el fondo, lo que a efectos del juicio de aplicabilidad supone que la decisión del recurso tiene que considerar 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 (en adelante, LGSS). Se trata de una norma con rango de ley, tanto su origen -el Real Decreto -Ley 15/1998-, como por la ley delegada en que se inserta. Es pacífico que ésta es la norma aplicable en el presente caso.

**TERCERO.-** Procede justificar ahora el juicio de relevancia, que debe poner de relieve que "la decisión del proceso depende de la validez de la norma sobre cuya constitucionalidad se duda ( auto del Tribunal Constitucional 41/2010 y las resoluciones que en él se citan). Si la disposición adicional 7ª.1, regla 3ª, apartado b) de la LGSS es 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-, porque no se cuestiona que la entidad gestora haya integrado ese periodo "con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en último término".

Es conveniente comenzar con una referencia a estas normas. El texto citado de la disposición adicional 7ª, en la redacción aquí aplicable, que es la introducida por el Real Decreto-Ley 15/1998, establece que: "a efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la **integración** de los periodos 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". El art. 140.4 de la LGSS prevé que "si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas **lagunas** se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años". Este precepto añade en su párrafo segundo que "en los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta 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, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la **integración** alcanzará hasta esta última cuantía". Por su parte, el art. 7.2 del Real Decreto 1131/2002, sobre seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial, dispone que "a efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la **integración** de los periodos 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 cuanto a los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que se citan, el art. 12.1 delimita y define el ámbito del contrato a tiempo parcial y los arts. 34 y 35 regulan respectivamente la jornada de trabajo y las horas extraordinarias.

**CUARTO.-** Se trata de una denuncia excesiva, pues los artículos del ET que se alegan nada disponen respecto a lo que aquí se debate, ya que es pacífico que el contrato del actor era un contrato a tiempo parcial en el periodo indicado. Tampoco hay que detenerse en el párrafo segundo art. 140.4 de la LGSS, porque en el desarrollo del motivo tampoco razona esta denuncia y el precepto citado está regulando una situación que aquí no se debate: la que se produce cuando en un mes la obligación de cotizar existe solo en parte del mismo.

Lo que en realidad se discute es si para el periodo controvertido -febrero de 2001 a enero de 2004- ha de estarse a la regla general sobre **integración** de **lagunas** del párrafo 1º del número 4 del art. 140 de la LGSS o si ha de aplicarse la regla especial de la **integración** a partir de las bases mínimas "parciales" que contiene el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional 7ª de la LGSS y que reitera el art. 7.2 del RD 1131/2002. Así, se afirma en el recurso que "el cálculo de (la) base reguladora ha de ser conforme a la literalidad de la disposición adicional séptima de la LGSS" y del art. 7.2 del RD 1131/2002, realizándose, tras la extinción del contrato a tiempo parcial "según la cotización presunta que el trabajador hubiera realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar", lo que supone que la **integración** "ha de hacerse 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 mejor protección del trabajador que ha sido descartada por el legislador".

Queda así resaltada la relevancia de la norma de cuya constitucionalidad se duda en orden a la decisión del recurso. El art. 7.2 del Real Decreto 1131/2002 podría ser inaplicable por la Sala en virtud del art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

**QUINTO.-** Hay que entrar ahora en la explicación del fundamento de la duda sobre la constitucionalidad de la norma. Para ello resulta conveniente recordar que el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente por contingencias comunes y jubilación de los trabajadores a tiempo parcial se rige por dos normas. A una de ellas ya hemos aludido, calificándola como regla especial para la **integración** de la base reguladora ( disposición adicional 7ª. 1. regla 3ª. b) de la LGSS ). Pero hay que tener en cuenta también la que contiene el apartado a) del mismo precepto sobre la determinación de la base reguladora en los periodos en los que ha existido cotización a tiempo parcial (apartado b) de la misma regla).

Así, considerando la regulación completa, resulta que:

1º) En el cálculo de la base reguladora durante los periodos de empleo y cotización a tiempo parcial, la disposición adicional 7ª.1.3ª.a) de la LGSS remite a las normas generales de los artículos 140 y 162 de la misma Ley , lo que implica que el cálculo se realiza sobre las bases por las que se haya efectivamente cotizado durante el periodo de cómputo. Se trata de una regla de estricta proporcionalidad que conduce a bases reducidas en función de las horas trabajadas. No hay aquí **integración de lagunas** en función de que esas bases reales sean inferiores a las que hubieran correspondido al trabajador de haber cotizado a tiempo completo. Así lo establecen los preceptos citados y así lo ha declarado esta Sala en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse las de 23 de marzo de 2006 , 31 de octubre de 2007 , 30 de enero de 2008 , 10 de marzo de 2009 y 22 de septiembre de 2009 , si bien se constata 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.

2º) En los periodos de inactividad que siguen a un periodo de cotización a tiempo parcial, que es lo que aquí se debate, la norma aplicable establece la **integración de lagunas**. Pero las bases mínimas en este caso son las aplicables en cada momento que correspondan al número de horas contratadas en último término, es decir, conforme al contrato a tiempo parcial vigente en el momento del cese; bases mínimas que son obviamente inferiores a las generales, porque sobre éstas opera la reducción que deriva del menor tiempo de trabajo. De esta forma, como destaca el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la lógica de la técnica de **integración** se vincula con la jornada parcial del último contrato anterior al inicio de **laguna**; y así la reducción se proyecta hacia el futuro sobre toda la **laguna** 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.

Ahora bien, esta lógica podría tener sentido si el contrato a tiempo parcial fuese una opción estable y voluntaria de participación en el mercado de trabajo. Pero si no lo es, el trabajador resulta de nuevo perjudicado de forma desproporcionada por la aceptación de un contrato a tiempo parcial como forma de salir de una situación de desempleo, porque el que acepta ese contrato no solo verá excluida la **integración de lagunas** durante su vigencia, como se expuso en el apartado anterior, sino que en el futuro se producirá una reducción de la **integración** al tomarse como referencia las bases mínimas "parciales", mientras que al que permanece en inactividad se le aplicará la **integración** sobre las bases mínimas "generales" a tiempo completo.

Esto se advierte con claridad en el presente caso. El actor tiene 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, según el informe del folio 26-. De ese periodo solo unos 90 días reales de cotización lo han sido a tiempo parcial y, sin embargo, han determinado una **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. Y ello durante un periodo de casi tres años -febrero de 2001 a enero de 2004-. La falta de proporción de esta medida es patente.

La norma puede 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- introduce 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. De esta forma y, como se señala en la



providencia de 13 de diciembre de 2011, 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" contrasta con el que se ha dado a alguien, como el actor, que tiene una carrera de seguro que transcurre 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.

El Instituto Nacional de Seguridad Social en su escrito de alegaciones justifica este tratamiento diferente en atención a que se trata de situaciones distintas -trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial-, pues no existe igualdad entre las personas que cotizan únicamente unas horas y aquellas que cotizan en una jornada completa y, a partir esta apreciación, la diferencia se justificaría porque el principio de contributividad que rige en el esquema profesional de nuestra Seguridad Social requiere establecer la proporcionalidad "entre lo cotizado y lo amparado". Pero la duda subiste desde el momento en que no estamos ante un periodo de cotización a tiempo parcial, ni ante un periodo de cotización a tiempo completo, sino ante una **laguna** de cotización, en la que no existe cotización porque no hay empleo retribuido, ni parcial, ni total. Por ello, la diferencia de trato no puede explicarse en función del denominado principio de contributividad, pues los dos trabajadores comparados tienen el mismo periodo de cotización acreditado y varía únicamente el orden en la cotización a tiempo completo y a tiempo parcial.

En este sentido, resulta de interés la reflexión que el organismo recurrente realiza en el escrito de interposición del recurso (pag. 9) y que toma un término de comparación que también hemos utilizado aquí. Dice el Instituto Nacional de la Seguridad Social que "en sentido contrario podría darse la situación de aquel trabajador que, habiendo transcurrido la mayoría de su vida laboral en contratos a tiempo parcial pasa un breve periodo de tiempo con un contrato a tiempo completo y a continuación un periodo sin obligación de cotizar" y añade que "en este, si procediera la **integración de lagunas** lo sería por el 100% de la base mínima, ya que el trabajo inmediatamente anterior al periodo a integrar habría sido a tiempo completo, *sin que proceda valorar si la inmensa mayoría de su vida laboral hubiera transcurrido con contratos a tiempo parcial*". Pero el ejemplo lo que muestra es el carácter aleatorio del sistema y la imposibilidad de su justificación en el marco de un juicio de igualdad. Además el tratamiento peyorativo no sólo carece de justificación, sino que es desproporcionado, como muestra 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.

**SEXTO.-** El Tribunal Constitucional ha señalado que el control de la **inconstitucionalidad** de las leyes debe ejercerse con "exquisito cuidado" a fin de que "no se impongan constricciones indebidas al Poder Legislativo y se respeten sus legítimas opciones políticas" y ha precisado también que este cuidado "ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad". Ahora bien, la arbitrariedad podrá apreciarse cuando la norma carezca de una "explicación racional" suficiente y, en lugar de ser un "arbitrio legítimo" entre diversas opciones, aparezca como una medida inconsecuente o incoherente susceptible de crear tratamientos desiguales y distorsiones ( STC 19/2012 y las que en ella se citan).

Este podría ser el caso del apartado b) de la regla 3ª del nº 1 de la disposición adicional 7ª de la LGSS. Ya hemos visto que no responde al principio contributivo y que actúa de forma aleatoria, sin tener en cuenta el conjunto de la carrera de seguro de los trabajadores. El Instituto Nacional considera que "no cabe contemplar tal arbitrariedad cuando la **integración de lagunas** debe realizarse según la presunta cotización que el beneficiario habría realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar, lo que supone una suerte de prórroga ficticia de la misma, si bien sobre bases mínimas, en correspondencia con las bases de cotización que corresponderían de haber seguido en activo el beneficiario".

Se trataría así de una previsión para determinar unas bases ficticias que pretenden superar los vacíos de cotización correspondientes a los períodos de inactividad; previsión que se basa en la presunción de que el trabajo posterior al cese en un trabajo parcial será también una actividad a tiempo parcial. Pero, en primer lugar, la previsión no es necesaria, porque en el momento en que se procede al cálculo de la base reguladora ya se conoce la totalidad de la carrera de seguro del trabajador y puede comprobarse cuál ha sido en realidad el tipo de trabajo que siguió al cese en el contrato a tiempo parcial y que en el presente caso fue, tras la **laguna**, un trabajo a tiempo completo. La previsión es, por ello, innecesaria y la presunción resulta inconsistente. Introduce, como ya hemos dicho, un elemento de aleatoriedad que desemboca en unas diferencias de tratamiento que carecen de una justificación objetiva, pues pueden conducir a que un trabajador con una historia laboral en que la actividad a tiempo completo es la predominante integre unas **lagunas** de cotización con bases mínimas parciales y, por el contrario, un trabajador con una actividad a tiempo parcial predominante las integre con bases mínimas generales. Una solución racional acorde con el principio contributivo sería la de integrar las **lagunas** de forma proporcional a las actividades a tiempo completo y a



tiempo parcial desarrolladas durante la vida laboral del trabajador. Pero, en opinión de esta Sala, no cabe considerar racional el criterio puramente aleatorio que recoge la norma cuya **inconstitucionalidad** se cuestiona.

**SEPTIMO.-** En la STC 253/2004 ya se dijo que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga, en atención a la doctrina sobre la discriminación indirecta por razón de sexo que la sentencia citada expone en su fundamento jurídico 7º, a examinar "con la mayor cautela" el impacto de las normas que pueden tener una proyección especialmente negativa sobre las mujeres. Esa realidad es hoy sustancialmente la misma, pues como puede comprobarse en la "Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral" del Consejo Económico y Social para 2.009 -año en que se reconoció la pensión controvertida- 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.

Una norma como la que se cuestiona, aunque en apariencia neutra desde la perspectiva de sexo, podría en su aplicación práctica situar a las mujeres en una posición de desventaja a la hora de la determinación del importe de sus pensiones.

El organismo gestor demandado considera que ha de excluirse la tacha de discriminación indirecta por sexo, porque en el presente caso "una circunstancia objetiva y razonable justifica que las cotizaciones ficticias se lleven a cabo en correspondencia con el número de horas contratadas en el periodo inmediatamente anterior a dejar de cotizar".

Pero la duda no se supera de esta forma, porque, como ya se ha razonado, no cabe aceptar esa justificación, que produce 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.

Por todo lo expuesto, la Sala considera que debe plantear **cuestión de inconstitucionalidad**, de conformidad con el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en relación con el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con suspensión provisional del presente recurso en los términos del artículo 35.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

#### LA SALA ACUERDA:

Plantear ante el Tribunal Constitucional **cuestión de inconstitucionalidad** en orden a determinar si el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social es inconstitucional.

Se suspenden provisionalmente las actuaciones del presente recurso.

Remítase la presente resolución al Tribunal Constitucional con testimonio de las autos principales y de las alegaciones formuladas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y por la representación de D. Jose Luis, así como del informe del Ministerio Fiscal.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.