

«RARA AVIS»: «ACTIVISMO JUDICIAL» Y «PRIMACÍA DE LA PERSONA» SOBRE EL «AJUSTE PRESUPUESTARIO» DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

La profunda crisis que padecemos desde 2008 está produciendo no devastadores efectos económicos –un decrecimiento prolongado– y sociales –un malestar social general– sino grandes mutaciones en el ordenamiento jurídico, que contribuyen a ampliar aquellos. Una de esas mutaciones es el sometimiento del sistema público de Seguridad Social al imperativo, hoy también constitucionalizado, en el plano estatal –art. 135 Constitución Española–, y comunitario –«Tratado de Estabilidad»–, del «equilibrio presupuestario», corolario de la política de austeridad que todo lo domina como un credo irrefutable. En su nombre, el Gobierno, con fundamento en las «leyes de los grandes números», continuamente justifica suspensiones o vaciamiento de derechos sociales, también en materia de Seguridad Social, como evidencia el reciente Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre.

Pero, pese a lo que se nos quiere hacer creer, la vida, y el mundo jurídico que trata de ordenarla de forma pacífica y civilizada, resultan siempre mucho más complejos y plurales. Aunque el Gobierno, e incluso el Legislador, quieran simplificarlo todo y reducirlo a número, mantenemos otros poderes y otras fuentes de Derecho, como la Jurisprudencia –Derecho Vivo–, que ponen de manifiesto que otra lectura es posible, incluso obligada, de las normas, de modo que las personas, sus valores y razones, predominen sobre las de los mercados. Ese es el sentido profundo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2012, que proporciona una configuración alternativa a la reglamentaria respecto de las situaciones de desplazamiento por parte de los beneficiarios de las prestaciones por desempleo fuera del país por más de 15 días y sin comunicación previa, cuando median razones justificadas, como la conciliación de la vida laboral y familiar. Y ese es también el alcance mayor de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de noviembre de 2012, que exige un modelo diferente para el cálculo del periodo de carencia previsto para el trabajo a tiempo parcial cuando se solicita una pensión –de jubilación e incapacidad permanente–, por entender el actual contrario a la prohibición comunitaria de discriminaciones indirectas por razón de sexo.

Ambas ponen delante el «gobierno por leyes justas» en detrimento del «gobierno por leyes austeras» en el ámbito de la Seguridad Social, por lo que, atendiendo a múltiples razones, de técnica jurídica y sobre todo de política del Derecho, aconsejan un análisis conjunto, que ponga de relieve sus «fortalezas institucionales» y de cultura jurídica por encima de sus «debilidades técnicas», pues también las presenta y no conviene ocultarlas. Ese es el objeto de este artículo.

Palabras clave: empleo parcial, desempleo, equilibrio financiero, pensiones y derecho equitativo.

Fecha de entrada: 18-12-2012 / Fecha de aceptación: 21-12-2012 / Fecha de revisión: 02-01-2013

«RARA AVIS»: «JUDICIAL ACTIVISM» AND «PRIMACY OF THE PERSON» ON «BUDGETARY ADJUSTMENT» OF SOCIAL SECURITY

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

ABSTRACT

The deep crisis we are suffering since 2008 is causing not only devastating economic effects –a long decrease– and social –a general social discomfort– but wider changes in legal system, contributing to expand those. One of these mutations is the subjugation of the public social security system to the imperative, today also constitutionalized, at the state –Spanish Constitution, Article 135– and of the European Community –«Stability Treaty»–, the «balanced budget», corollary austerity policy that dominates everything as an irrefutable creed. On their behalf, the Government, based only on the «law of large numbers», continuously justify suspension or emptying of social rights, including on Social Security, as evidenced by the recent Royal Decree Law 28/2012, of 30 November.

But, despite what they would have us believe, life, and the legal world is sort of a peaceful and civilized, are always much more complex and plural. Although the government, and even the legislative, simplify everything and want to reduce it to numbers, keep other powers and by other sources of law –as the «Live Law»– who show that another reading is possible, even required, rules so that people, their values and reasons prevail over those of the markets. That is the deeper meaning of the Judgment of the Supreme Court, Social, October 18, 2012, which provides an alternative to regulatory settings concerning situations of displacement by the beneficiaries of unemployment benefits abroad for more than 15 days without prior notice, if the space justifiable reasons, such as the reconciliation of work and family life. And that is also the greater scope of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 22 November 2012, which requires a different model to calculate the expected waiting period for part-time work when applying for a pension, –retirement or permanent disability–, to understand the current opposite to EU banning on grounds of sex indirect discrimination.

Both lay ahead «government by just laws» regarding the «austere government laws» in the field of Social Security, so that in response to many reasons, especially technical legal policy and law, advise an analysis set, highlighting its «institutional strengths» and legal culture beyond its therefore also presented and should not hide, «technical flaws». Hat is the subject of this article.

Keywords: partial employment, unemployment, budgetary balance, pension and judicial law.

Fecha de entrada: 18-12-2012 / Fecha de aceptación: 21-12-2012 / Fecha de revisión: 02-01-2013

Sumario

1. Proemio: De la «pobreza legal» a la «riqueza» de «experiencias judiciales»
2. A contracorriente: Razones de la persona (garantías) versus razones del mercado laboral (empleabilidad) y de ajuste presupuestario (costes)
3. «Cuotas» de justicia social en la balanza europea: El Derecho Comunitario al «rescate» de personas y grupos «más vulnerables»
 - 3.1. Europa y su Derecho: Parte del problema, parte de la solución
 - 3.2. Más allá de la igualdad formal: De la compatibilidad a la necesidad social de correcciones a través de «acciones positivas»
4. «Cuestión de género»: La protección social de las trabajadoras a tiempo parcial y el principio de no discriminación. STJUE de 22 de noviembre de 2012
 - 4.1. Las persistentes, nuevas y viejas, discriminaciones indirectas como forma de camuflaje de un déficit de democracia social
 - 4.2. La lenta y atormentada lucha por el derecho a la protección equitativa de los trabajadores a tiempo parcial: De la indiferencia a la especificidad relativa
 - 4.3. El esfuerzo de corrección no es suficiente: La feminización del empleo a tiempo parcial y el carácter discriminatorio del cómputo del periodo de carencia
 - 4.4. ¿Y ahora qué?: De la censura jurídica a las soluciones ¿negociadas?
5. «Cuestión inmigratoria»: La garantía de las prestaciones por desempleo y movilidad transnacional. STS, Sala 4.^a, de 18 de octubre de 2012
 - 5.1. Un «nuevo demonio togado»: El «varapalo» judicial a la pretensión gubernamental de disponibilidad absoluta del beneficiario de prestaciones por desempleo
 - 5.2. La incidencia de la movilidad transnacional en las prestaciones por desempleo: La «invención judicial» de un nuevo supuesto de «prestación suspendida»
 - 5.3. «Crítica interna» a la «posición de censura judicial» del régimen legal: ¿Discriminación indirecta o acción positiva?
 - 5.4. La recepción reglamentaria del nuevo criterio judicial: El artículo 10.2 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre
6. Reflexión final: ¿«Justicia social» o «justicialismo de ocasión»?

«Honor a aquellos que en sus vidas / se dieron por tarea el defender Termópilas. Que del deber nunca se apartan; / justos y rectos en todas sus acciones, / pero también con piedad y clemencia; / generosos cuando son ricos, y cuando son pobres, a su vez en lo pequeño generosos, que ayudan igualmente en lo que pueden; / que siempre dicen la verdad / aunque sin odio para los que mienten. Y mayor honor les corresponde / cuando prevén (y muchos prevén) / que Efiates ha de aparecer al fin, y que finalmente los medos pasarán»

Constantino CAVAFIS. *Termópilas*

1. PROEMIO: DE LA «POBREZA LEGAL» A LA «RIQUEZA» DE «EXPERIENCIAS JUDICIALES»

Si la acción social, como la historia, se mueve o no con conciencia, es decir, por impulso de una o varias voluntades específicas y dirigida hacia una vida con sentido, es un tópico del pensamiento humano que no tiene una respuesta hasta ahora suficientemente compartida. Pero lo que no parece dudoso es que su ordenación jurídica, inherente a toda vida social, es decir, su sujeción a «textos» en los que se formalizan valores, códigos de conducta, mandatos y reglas –«convenciones» sociales de un pueblo en un tiempo determinado o «cultura»–, sí responde siempre a un intento de dotarla de sentido, o al menos de «posibles sentidos», resulten luego en la «práctica» –social y jurídica– más o menos frustrado, más o menos violado. En todo caso, el carácter dialéctico de la historia resulta ahora incontestable, de modo que su *«resultado final siempre deriva de los conflictos entre muchas voluntades individuales... Pues lo que uno quiere tropieza con la resistencia que le opone otro, y lo que resulta de todo ello es algo que nadie ha querido»*¹.

Asimismo, hoy forma parte como dato adquirido de la cultura social –y también jurídica–, que ese eventual sentido de la acción –historia– social siempre tiene una dimensión compleja y antagónica. Tan iluso es creer en una idea línea del «progreso», como lo contrario, esto es, creer que son sostenibles «restauraciones conservadoras», que forjan un futuro mirando más al pasado. Cierto, en todo «final» de época se difunde el «miedo a la inseguridad» generada por los procesos de «decadencia institucional» e «incertidumbre» (ocurrió en la «Gran Depresión» de 1873, y se prolongó hasta 1895; y sucedió también en la de 1929, que llegó hasta el final de la Segunda Guerra Mundial). La «ironía de la historia» enseña que, aun entre oscuridades y tinieblas, siempre se puede avanzar o progresar por la senda del Derecho, a veces incluso más que por la de «rebelión» contra el mismo por considerarlo «injusto». Y aunque quizás no sea este tiempo de

¹ *Vid.* ENGELS, F.: «Carta a José Bloch», en MARX, C. y ENGELS, F.: *Obras escogidas* (tres tomos), Moscú: Editorial Progreso, tomo III, 1974, pág. 514. No por casualidad esta cita encabeza el tercer libro, titulado BAT, de la genial trilogía de Stratís TSIRCAS, *Ciudades a la deriva*, Cátedra, 2011, pág. 657.

«héroes», sino más bien de «hombres de negro», tiene razón de ser recordar las palabras del poeta egipcio liberal, Yorgos SEFERIS, escritas en plena Segunda Guerra Mundial, y que critica todo determinismo y fatalismo histórico-social: «Entre tinieblas vamos/ por tinieblas avanzamos.../ Los héroes avanzan por las tinieblas»².

Tanto la crisis sistémica que ahora nos embarga, como sus soluciones de austeridad total, nos están empobreciendo. Pero no ya solo en el plano monetario, cuantitativo –transferencia de recursos desde la mayoría de la población, cuya existencia digna depende estrictamente de sus rentas salariales y las inversiones en servicios públicos, hacia la minoría–, sino también en el de las «experiencias comunicables» en todos los ámbitos de la vida, también, y por lo que aquí interesa directamente, en el de la «*experiencia jurídica*». Vivimos –padecemos– un tiempo completamente desbordado por una febril producción «legislativa» orientada únicamente por el enfoque numérico del «coste de los derechos», obsesionada por ponerle freno básicamente mediante su reducción, al precio de dejarse «una porción tras otra de la herencia del Estado Social de Derecho» –no ya solo de la política que dice arrastrar– en la «*casa de empeño*», devaluando sus derechos más nucleares «*por cien veces menos de su valor para que nos adelanten la pequeña moneda de lo "actual"*» –el célebre «rescate»–. Este proceso, intenso y sin tregua, de devaluación parece, a tenor de sus textos y de sus «preámbulos cuento», devorarlo todo, hasta los más elementales principios de la cultura y de la experiencia jurídica. Por eso «pobreza cuantitativa» y «cualitativa» –de experiencia intelectual y cultural– convergen en ese proceso de devaluación o degradación de «lo jurídico» por lo «legal» y ambas son «*parte de la gran pobreza que ha cobrado rostro de nuevo... y tan exacto y perfilado como el de los mendigos de la Edad Media*». Entonces, cabe preguntarse ¿de –o para– qué valen los conceptos y principios de la cultura-ciencia jurídicas si no se une a ellos la experiencia jurídica del día a día en la vida de las personas y los grupos, en especial de los «más vulnerables»³?

Tanto la crisis sistémica que ahora nos embarga, como sus soluciones de austeridad total, nos están empobreciendo, no ya solo en el plano monetario sino también en el de la «experiencia jurídica»

Pues bien, sí que sirven, y mucho. Y para ilustrarlo mejor ser coherente con el discurso y pasar de la «crítica teórica», tan necesaria como incomprendida a menudo por los «expertos»

² Vid. SEFERIS, Y.: «Última etapa», *Poesía completa*, 2.^a ed., Madrid: Alianza, 1989, págs. 174-177. La crítica a la concepción unilateral de la historia y de la institución del Derecho en BERNSTEIN, E.: *El socialismo evolucionista*, Granada: Comares, 2011, con una magnífica introducción del profesor MONEREO PÉREZ, J.L. Desde otra perspectiva, para la crítica del «progreso destructivo», vid. BENJAMIN, W.: *Angelus Novus*, Granada: Comares, 2012.

³ «Se trata de una especie de nueva barbarie», concluye Walter BENJAMIN, de cuya certera y estética crítica a esa «decaencia intelectual» que conllevó la Primera Guerra Mundial, hemos extraído algunos términos que nos han permitido proyectar lo sustancial de esa crítica, en perspectiva jurídica, al proceso de empobrecimiento del sistema regulador inherente a las políticas y leyes de austeridad. Vid. BENJAMIN, W.: «Experiencia y pobreza», *Angelus Novus, op. cit.*, págs. 122-123.

La STS, Sala 4.^a, de 18 de octubre de 2012, y la STJUE de 22 de noviembre de 2012, piezas del denominado «Derecho Vivo» de la Seguridad Social, suponen clarísimos ejemplos de las posibilidades actuales de enriquecimiento de esa experiencia jurídica clásica asentada en el opuesto enfoque de las «garantías de derechos»

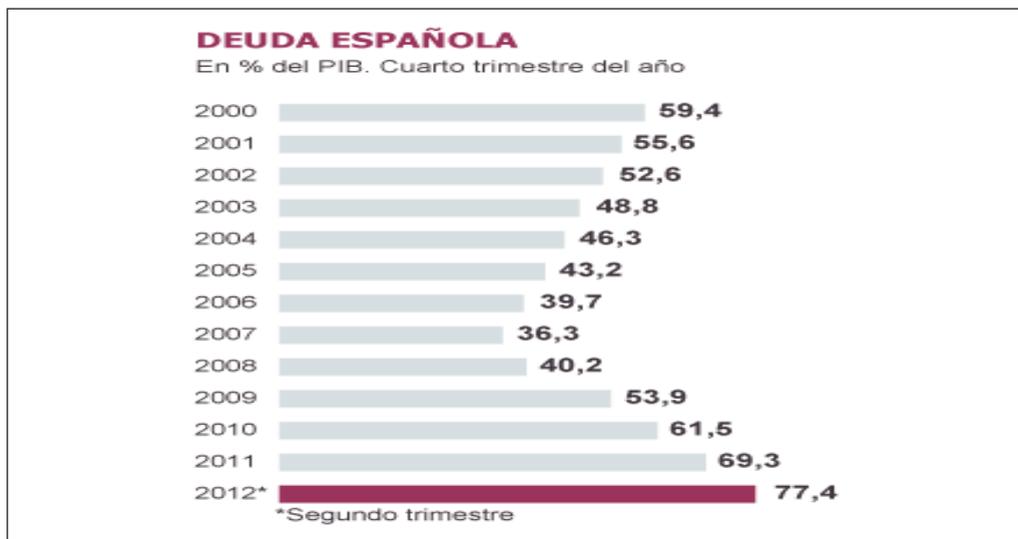
y «operadores jurídicos», a los «modelos prácticos». Desde esta perspectiva, llevo tanto tiempo haciendo crónica legal, análisis técnico-jurídico y crítica de política del derecho del hegemónico modelo de «gobierno de las leyes de austeridad», que no he podido resistirme a la fruición de hacer lo propio ahora con sendas piezas del denominado «Derecho Vivo» de la Seguridad Social, de formación judicial y por tanto extra-legislativa, aunque no necesariamente *contra-legem*. Como vamos

a ver de inmediato suponen clarísimos ejemplos de las posibilidades actuales de enriquecimiento de esa experiencia jurídica clásica, asentada en el opuesto enfoque de las «garantías de derechos» para las personas y colectivos «más débiles». Por orden cronológico descendente, me refiero a la *STS, Sala 4.^a, de 18 de octubre de 2012*, y a la *STJUE de 22 de noviembre de 2012*.

2. A CONTRACORRIENTE: RAZONES DE LA PERSONA (GARANTÍAS) VERSUS RAZONES DEL MERCADO LABORAL (EMPLEABILIDAD) Y DE AJUSTE PRESUPUESTARIO (COSTES)

A fin de evitar ser reiterativos, nos ceñiremos a una simple referencia a dos ejemplos muy recientes de la actualidad jurídica en materia de Seguridad Social para recordar cómo prácticamente está copada por «experiencias de recorte» –de derechos y de presupuestos para financiarlos–. Es el caso del *Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre*, de medidas eufemísticamente llamadas de «consolidación y garantía» del «sistema de Seguridad Social», que, como se sabe, sigue casi literalmente el «guion» que le impusiera a España el Consejo Europeo del verano pasado para afrontar la crisis económico-financiera. De nuevo, el texto está plagado de citas a la necesidad de cumplir las obligaciones del déficit público y la necesidad de incumplir, o suspender, las reglas vigentes para «garantizar» la viabilidad económica del «Sistema de la Seguridad Social». De modo que la continuidad del «conjunto institucional» pretendidamente exigiría el sacrificio –«sufrimiento»– de las personas y colectivos titulares de los derechos.

Y no es el «acto final» de esta «obra tragicómica» en que se ha convertido el proceso de reformas-recortes español –y en general de los países del cálido y católico (y parece que pródigo) Sur de Europa, los «deudores», intervenidos por los «acreedores», del frío y protestante (y parece que «hormiguita») Norte–. La espiral de deuda y déficit públicos –más de 800.000 millones de euros (77,4 % PIB)–, pese a las devastadoras políticas de austeridad, han llevado a la «Mesa del Pacto de Toledo» otros «entremeses» de la «tragicomedia». Como anticipo, poco antes de las «uvas», apareció el *Real Decreto-Ley 29/2012*, de 28 de diciembre –sí «Santos Inocentes»–.



El actual «deshoje presidencial de la margarita» sobre el segundo pretendido «rescate financiero» de España tendrá, más allá de la «factura política» para el Gobierno, una nueva reforma-rebaja de los derechos de Seguridad Social, en concreto del derecho a una pensión no solo digna sino suficiente –art. 41 CE–. La duda no estriba en si la nueva vuelta de tuerca del sistema de pensiones hacia ese ansiado principio de equilibrio presupuestario conllevará o no más «austeridad», convertido hoy en el *credo hegemónico*, sino que el enigma se centra en el *quantum*. A la pérdida de soberanía política que esta nueva técnica de dominación, incluso de colonización, conlleva, se sumará, pues, la pérdida de soberanía jurídica, más de la cedida ya a cuenta del primer rescate a la banca, entrando definitivamente en barrena⁴. El Banco Central Europeo –BCE– supedita su intervención al cumplimiento de los objetivos de reducción de déficit público, de ahí que en la «hoja de ruta» prevista para la reducción de desequilibrios presupuestarios, incluso con metas realistas –ya se ha reconocido que no se cumplirá con el 6,3 % previsto, que supone un punto más de lo pronosticado inicialmente, antes de la «concesión comunitaria»–, entra de lleno la materia de Seguridad Social. Esta presenta hoy un alarmante desequilibrio financiero que ha determinado una modificación del Fondo de Reserva, a fin de poder habilitar una disposición abierta de dinero, no limitada al 3 % anual precedente, para hacer frente a necesidades coyunturales del Sistema, cuando se previó para afrontar las necesidades o déficits estructurales.

⁴ Confirmando la lógica del «neo-lenguaje» que preside todo el discurso y todas las políticas de austeridad, en virtud del cual se corrompen los conceptos precedentes y dominan otros nuevos que evidencian en la práctica «justo» lo contrario de lo que sugiere la palabra, se ha evidenciado cómo «Ocurre en los mercados financieros: los rescates se piden y reciben con la inquietante sensación de comenzar el primer día de un secuestro». Vid. «¿Por qué espera Rajoy?», en http://economia.elpais.com/economia/2012/12/15/actualidad/1355599626_044197.html

Sin embargo, y este es el primer gran punto de convergencia entre las dos grandes experiencias jurídico-jurisdiccionales que aquí nos ocupan, el sentido de la opción de política del derecho de la Seguridad Social que se sigue en ambas es de signo opuesto. En ellas prima con claridad el enfoque de «justicia social» y las «razones de la persona» sobre la lógica numérica –sea de las razones del «mercado de trabajo», en el contexto de la rama de prestaciones por desempleo, sea de las propias del ajuste presupuestario de los «sistemas de protección social», en el escenario del acceso a las pensiones, sobre todo de incapacidad permanente y de jubilación–. Por supuesto, veremos cómo en ambas experiencias judiciales –no hablaremos todavía de auténtica «práctica jurídica» porque no están consolidadas– aparece inequívoco el argumento del ajuste económico en aras del célebre «*equilibrio presupuestario*» del Sistema de la Seguridad Social. En una, la [STS, Sala 4.ª, de 18 de octubre de 2012](#), no explícito, sino implícito, y no central sino complementario, pues es un presupuesto de la regulación la gestión eficiente de los recursos. En otra, la [STJUE de 22 de noviembre de 2012](#), aparece explícito y nuclear.

El interés ahora por reseñar este primer aspecto de convergencia como expresión de una misma política judicial del Derecho de la Seguridad Social que prima la razón protectora sobre la razón numérica –el equilibrio presupuestario–, aun sin reconocer su función, deriva de la más equilibrada visión que nos ofrece del juego dialéctico entre ambos imperativos de todo Sistema de Seguridad Social. De este modo, se ponderaría en cierto grado relevante el favor que hay hoy, incluso en sede normativa, tanto comunitaria como constitucional y ordinaria, por presentar una lectura radicalmente unilateral del principio de equilibrio presupuestario de las cuentas públicas, de todas, incluidas las de la Seguridad Social. No desconocemos que esta proyección del principio económico-financiero a los sistemas de protección social públicos cuenta con una expresa recepción legal, a través del [artículo 2.1 d\) de la Ley Orgánica 2/2012](#), de 27 de abril, de Estabilidad –«equilibrio o superávit estructural»– Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, modificada en fechas recientes por la Ley Orgánica 4/2012, y un sólido asidero constitucional –nuevo [art. 135 CE](#)– y comunitario –Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria ([TECGUEM](#)), en vigor desde marzo de 2012–⁵.

Ahora bien, no menos cierto es que ni del texto constitucional, modificado en gran medida «con alevosía y nocturnidad («clandestinidad»)», a resultas de espurias presiones políticas y sin

La proyección del principio económico-financiero a los sistemas de protección social públicos cuenta con una expresa recepción legal. Ahora bien, ni del texto constitucional, ni del propio Tratado de Estabilidad, se deriva una visión o lectura tan unilateral y economicista como nos quieren hacer ver y nos imponen

⁵ Sobre el [TECGUEM](#) *vid.* MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.M.: «El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 42, 2012, págs. 398 y ss.

que en tal momento hubiese obligación jurídica, ni del propio Tratado de Estabilidad, en aspectos muy significativos menos restrictivo que la norma de desarrollo nacional, se deriva una visión o lectura tan unilateral y economicista como nos quieren hacer ver y nos imponen, por lo que un determinismo extremo de este marco no solo rayaría en lo inconstitucional sino también en la vulneración de principios de política social considerados fundamentales en el Derecho de la UE y por tanto de aplicación preferente. Así, de un lado, el propio texto constitucional establece, junto al mortificador e indignante principio de prioridad del pago de la deuda soberana y sus intereses por encima de cualquier otra obligación, que supone el reconocimiento de la referida pérdida de soberanía frente a la ley del mercado, la consideración del *principio de sostenibilidad financiera del Estado Social como límite explícito al principio de equilibrio presupuestario*, por lo que el juego no es de sentido único. De otro, el TJUE (caso Sint Servatius, 2009), pese a la involución que experimentó dos años antes, no ha dudado en aceptar restricciones a las libertades de mercado –libre circulación de capitales– si «*socava el equilibrio financiero de las políticas sociales*», como la austeridad impuesta⁶.

3. «CUOTAS» DE JUSTICIA SOCIAL EN LA BALANZA EUROPEA: EL DERECHO COMUNITARIO AL «RESCATE» DE PERSONAS Y GRUPOS «MÁS VULNERABLES»

3.1. EUROPA Y SU DERECHO: PARTE DEL PROBLEMA, PARTE DE LA SOLUCIÓN

Precisamente, esta última referencia nos lleva al segundo gran argumento que lleva a presentar conjuntamente el análisis de las dos experiencias judiciales seleccionadas para poner de relieve, ahora desde este punto de vista de práctica aplicativa del orden jurídico relativo a la Seguridad Social, la crítica o censura posibilista del actual estado de cosas en el que prima de una forma radical el «gobierno de los números» en detrimento del «gobierno de las personas». En efecto, en ambos casos un argumento jurídico poderoso para alcanzar el resultado tuitivo deriva de la llamada al Derecho Social Comunitario. De un modo más o menos intenso, según cada experiencia de justicia judicial analizada, se trae a colación la existente, aunque quizás algo olvidada, vertiente «social» del Derecho Comunitario.

Y es de interés esta constatación porque sabemos cómo la vertiente contraria, la del «ajuste total de cuentas» a la baja con el Estado de Bienestar en general, y con su pilar más excelso en lo jurídico hasta ahora –el de Seguridad Social, junto con el de Educación–, es la dominante desde 2008, como se acaba de recordar, con referencia al Tratado de Estabilidad. Toda la política de austeridad, valor que encierra un conjunto de acciones y discursos sin más sentido que «gestio-

⁶ Un análisis expositivo y crítico de conjunto en EMBID IRUJO, A.: *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid: Iustel, 2012.

nar en dosis sostenibles el dolor a infligir a la población» privándole de sus derechos sociales –incluso de acceso a la justicia– o vaciándolos de intensidad protectora útil o práctica, se hace o se justifica en su nombre, a través de los «hombres de negro», por lo que merece la pena reseñar que en el Derecho Comunitario se ha de encontrar también solución a los problemas, al menos a una parte de ellos. Y no mediante costosos y estériles «rescates» a los países,

y sobre todo a sus sistemas financieros, sino directamente a las personas y a los grupos o colectivos «más vulnerables». La UE, como el Estado de Bienestar, nunca fue –ni será– una institución de sentido único, ni siquiera en sus orígenes como estricto «mercado común», mucho menos hoy con piezas normativas de tanto valor social como la Carta Comunitaria de derechos fundamentales, incluida en el Derecho Fundacional –Tratado de Lisboa, o [TFUE](#)–.

La UE, como el Estado de Bienestar, nunca fue –ni será– una institución de sentido único, ni siquiera en sus orígenes como estricto «mercado común», muchos menos hoy con piezas normativas de tanto valor social como la Carta Comunitaria de derechos fundamentales

Pasando desde los grandes marcos normativos y solemnes declaraciones a la práctica, esta visión social aparece en la [STS, Sala 4.ª, de 18 de octubre de 2012](#). Como un argumento central, aunque no exclusivo, redefinirá el concepto de residencia en sentido favorable al beneficiario de la prestación por desempleo desplazado invocando un *Reglamento Comunitario*.

Se trata del [artículo 64 del Reglamento comunitario 833/2004](#), sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Lo más llamativo en este caso es que tal norma comunitaria ni es aplicable de modo directo al caso analizado por la sentencia, pues se trataba de casos de movilidad transnacional no comunitaria, ni escapa al primado en este ámbito de las cláusulas de vinculación del pago de la prestación con la continuidad en el mercado de trabajo del país que lo asume –principio de «territorialización de la prestación»–. Ahora bien, para el TS, en esta norma comunitaria aparecerían una serie de reglas para ciertos supuestos –el desplazamiento en el seno de la UE– que puede servir de «pauta normativa», a modo de principios o reglas de alcance general, para resolver cuestiones interpretativas diferentes, como la que resuelve en el caso que conoce. Entre esas pautas normativas aparecería, junto al de sujeción en todo caso a un procedimiento de control organizado por los servicios de empleo del Estado competente para el pago de la prestación –art. 64.1 b) Reglamento– y a los requisitos exigidos en sus normas –art. 64.1 b)–, el criterio-principio de conservación del derecho a las prestaciones en un periodo de «tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda» –art. 64.1 c)–.

De nuevo ha de reconocerse que la invocación de una norma nunca asegura una sola lectura si se atiende a su conjunto regulador. El voto particular le reprochará a la mayoría que haga un uso tan selectivo de una norma no directamente aplicable, como el Reglamento Comunitario relativo a la coordinación de sistemas de la Seguridad Social en el seno de la UE, silenciando otras reglas de

ese Reglamento que evidenciaría su «prevención hacia los desplazamientos» al margen de un estricto régimen de control también para estancias fuera del Estado de abono. En todo caso, y por lo que aquí interesa, vemos el interés del TS en no dejar aislada la norma nacional y buscar referentes internacionales cuando quiere provocar una lectura rupturista con el sentido derivado de una comprensión literal de los textos. Una lógica o un enfoque ordinamental exigido tanto en el artículo 9.1 de la CE como en el artículo 3 del CC hoy muy en boga, como acredita el esfuerzo de la doctrina judicial por situar la reforma laboral en el marco de referencia de las normas internacionales, comunitarias y de su jurisprudencia –por ejemplo la intensa y extensa invocación de la Directiva comunitaria sobre despidos de tipo colectivo para relativizar el sentido liberalizador del art. 51 ET–.

Un esfuerzo de control de la norma legal nacional a través del test de respeto del Derecho Comunitario que, como se verá con mucho detalle, es el centro argumental de la [STJUE, Sala 8.ª, de 22 de noviembre de 2012](#). En este caso, la carga de profundidad contra el sistema nacional de cómputo de los periodos de carencia a fin de acceder a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial deriva del Derecho Antidiscriminatorio.

3.2. MÁS ALLÁ DE LA IGUALDAD FORMAL: DE LA COMPATIBILIDAD A LA NECESIDAD SOCIAL DE CORRECCIONES A TRAVÉS DE «ACCIONES POSITIVAS»

Un Derecho Antidiscriminatorio que, además, no se invocará en su sentido clásico o más tradicional de garantía de derechos y principios de igualdad formal sino que, como se verá en ambos casos, si bien más nítidamente en el ámbito de la [STJUE de 22 de noviembre de 2012](#), a través de versiones más evolucionadas y modernas, evidenciando el potente instrumental, sea conceptual sea normativo, que tiene este sector jurídico para cuestionar una buena parte del entramado de los sistemas de protección social nacionales. Aunque la clave fundamental será la revisión del sistema a la luz de la «cuestión de género», sobre todo a través de la técnica de la prohibición de discriminaciones indirectas, también aparece otro enfoque, en este caso más diluido o implícito, relativo a la «cuestión de la protección de las minorías», como pueden ser los «inmigrantes extracomunitarios», mediante la fijación de «acciones positivas», en el caso de la [STS, Sala 4.ª, de 18 de octubre de 2012](#). La compatibilidad del principio de igualdad formal con las medidas de acción positiva goza de amplio respaldo ahora en el Derecho Internacional –[Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979](#)–, y tras una no pacífica evolución jurisprudencial, también en el Derecho Comunitario. Por no referirnos a una tediosa lista de Directivas en las que así aparece, además de en el artículo 157.4 del TFUE –antiguo art. 141.4 TCE–, merece la pena reseñar sobre todo el artículo 23 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2000](#), hoy incluido en el Derecho de los Tratados, que establecen que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo –pero es predicable de otros colectivos– menos representado.

Sobre la justificación y límites de las medidas de acción positiva han recaído ya múltiples sentencias del TJUE –las de 17 de octubre de 1995, C-450/93; 11 de noviembre de 1997, C-409/95; 28 de marzo de 2000, C-158/97; 6 de julio de 2000, C-407/98; 19 de marzo de 2002, C-476/99–, en las que el TJUE ha venido realizando, cierto, una interpretación restrictiva en materia de compatibilidad de las medidas de acción positiva con el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y con la prohibición de discriminación por razón de sexo. Dentro de la interpretación restrictiva, que hace de esas medidas una excepción al principio de igualdad de trato, hoy debe destacarse la evolución que se aprecia a raíz de los cambios tanto en los Tratados –Derecho Originario– como en las más significativas Directivas de aplicación –Derecho Derivado–.

4. «CUESTIÓN DE GÉNERO»: LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS TRABAJADORAS A TIEMPO PARCIAL Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. STJUE DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012

4.1. LAS PERSISTENTES, NUEVAS Y VIEJAS, DISCRIMINACIONES INDIRECTAS COMO FORMA DE CAMUFLAJE DE UN DÉFICIT DE DEMOCRACIA SOCIAL

Salvo una paleo-concepción de la misma como procedimiento puramente formal, que hoy está superada tanto en nuestro ordenamiento constitucional como en el imaginario colectivo, la intensidad democrática de una sociedad guarda una íntima relación con el grado de igualdad entre personas y colectivos que asegure, así como por los instrumentos para evitar la discriminación que diseñe y ponga en práctica. Lamentablemente, en el contexto de crisis actual, y sobre todo de soluciones –políticas– ofrecidas para intentar hacerle frente, ese fin no solo brilla por su ausencia, sino que se constata todo lo contrario. Pero si la igualdad se refiere a mujeres y hombres, pese a su transversalidad, tal enfoque de género ha quedado

Salvo una paleo-concepción de la misma como procedimiento puramente formal, la intensidad democrática de una sociedad guarda una íntima relación con el grado de igualdad entre personas

en gran medida al margen tanto de la reforma laboral como de las realizadas en la protección social, siendo negativo el impacto en ambos, por lo que en buena medida puede decirse que su causa ha quedado relegada. Más aún, en muchos planos se ha evidenciado a raíz de esas reformas una gran restricción, de modo que en cierto modo vuelve a quedar esa causa oculta, «invisible», máxime a través de las múltiples formas de camuflaje que permiten las formas de discriminación indirecta, hoy las más extendidas y difíciles, aunque no imposibles, de detectar y, por lo tanto, de corregir. Bajo la apariencia de neutralidad, perviven inalteradas varias decenas de reglas que afectan negativamente a un sexo –la mujer principalmente– sobre otro, porque lo coloca en una clara situación de desventaja, sobre todo por la diversa gestión de tiempos de vida y de trabajos –retribuido y no retribuido– existentes entre ellos.

Como el trabajo es escaso por la caída de la cosecha, el poco que hay es para los hombres, y las aceituneras tienen difícil encontrar un jornal a no ser que lo hagan en fincas familiares

no hace mucho tiempo, para trabajar como jornalera en la campaña de recogida de la aceituna había que ir acompañada de un hombre. Los empresarios pretendían así compensar la nunca demostrada desigualdad física entre sexos en los tajos, considerada como una discriminación por decenas de sentencias. Ese obstáculo social ya se daba por superado, pero este año ha irrumpido abruptamente de nuevo: como el trabajo es escaso por la caída de la cosecha, el poco que hay es para los hombres, y las aceituneras tienen difícil encontrar un jornal a no ser que lo hagan en fincas familiares.

Como en tantas otras comarcas de Andalucía, la recogida de un producto agrario, en este caso la aceituna, sirve para que buena parte de las jornaleras hallen las 35 «peonadas» que se siguen exigiendo para optar al subsidio agrario. Por tanto, si no hay empleo de este tipo, más al fallar también la vendimia y la recolección del espárrago, no hay tampoco protección social. Si ya difícil es para los hombres esta situación, que está abocando a reverdecer lo más negativo y salvaje del mundo laboral, hasta derivarlo en una auténtica «jungla», pues se difunden prácticas de incumplimiento de las condiciones de empleo y trabajo de los convenios, más lo será, por lo que se acaba de comentar, para las mujeres. Esta desventaja de la mujer en ciertos trabajos, como el campo, aquí comentado, pero también en otros, como el servicio doméstico, como luego veremos, es muy relevante cuantitativa y cualitativamente, esgrimiéndose una y otra vez argumentos justificadores, como la mayor profesionalización de los hombres, como se dice en el ámbito agrario. Esa discriminación no ya perpetuada, sino reactivada, es una «vuelta de tuerca» más hacia prácticas arcaicas y que creíamos impropias del siglo que vivimos⁷.

Más allá del significativo caso concreto, esta realidad es la que nos redescubre con toda su crudeza la muy difundida mediáticamente *STJUE de 22 de noviembre de 2012*, que ha calificado como discriminatorio para las trabajadoras a tiempo parcial el modo en que se determinan los periodos de cotización exigidos para acceder a la pensión de jubilación. Como recordaremos con algún detalle más adelante, la norma española se basa en el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas, calculando su equivalencia en días «teóricos de cotización» –las

⁷ Repárese en que el 55 % de los 468.000 afiliados al Régimen Agrario en Andalucía son mujeres, al igual que son mayoría las que cobran el subsidio agrario (92.000 frente a 51.000 hombres a finales de septiembre). Según decenas de testimonios de jornaleras, existe la convicción de que «al hombre se le paga por llevar la vara mecánica o la vibradora a pesar de que es una tarea que también realizamos las mujeres», comenta Juana Castro, una aceitunera de Arbuñiel. Ella sí habría encontrado trabajo en el olivar, «pero gracias a que iba con mi marido». En http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/12/02/andalucia/1354449014_614999.html

horas trabajadas se suman y se dividen por cinco–, si bien este método es atenuado mediante dos reglas correctoras que buscan facilitar el acceso a los trabajadores a tiempo parcial. El caso que ha dado lugar a esta incendiaria sentencia, aunque ciertamente su pobreza argumental no esté a la altura de la trascendencia de su fallo, refiere a una mujer que trabajó de manera exclusiva como limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años a jornada parcial de 4 horas a la semana (10 % de la jornada máxima legal). A la edad de 66 años, presentó una solicitud ante el INSS para obtener una prestación de jubilación. Dicha prestación le fue denegada por no reunir el periodo mínimo de cotización de 15 años exigido para poder causar derecho a la pensión de jubilación. El Juzgado de lo Social de Barcelona que conoció de la impugnación dudó de la legitimidad de tal sistema según el Derecho Comunitario, dándole la razón el TJUE.

En suma, cuando más sísmico es el momento de las cuentas del sistema de pensiones, en especial de la de jubilación, al que se le abren grietas por todos lados, llega desde Europa, ahora no desde Bruselas, sino desde Luxemburgo, en forma de STJUE, una decisión que pone en jaque al entero sistema de cálculo del periodo de carencia para las pensiones de quienes trabajan a tiempo parcial. Y el argumento se vuelve a centrar en una cuestión que ha pasado por alto el «programa de reformas»: la equidad del sistema con las mujeres. Aunque el efecto excluyente es muy superior y, en consecuencia, los efectos prácticos de la sentencia pueden ir más allá de los inicialmente previstos. Un motivo más para alimentar ese «miedo» que la ministra de Empleo y Seguridad Social dice tener a los «jueces», más aún que a los «hombres de negro»: *«Veremos cómo se interpreta y las implicaciones que tiene para el sistema»*, dicen en el ministerio, que ya ha decidido convocar a los agentes sociales para estudiar una reacción consensuada si se consolida esta doctrina. Pero para nada el problema es nuevo y se conocía desde antaño, tratándose más bien de un capítulo más de una dilatada y atormentada lucha por el derecho a una protección equitativa de Seguridad Social de un colectivo de trabajadores que ha ido creciendo progresivamente desde 1994 y cuyos imperativos de protección no han constituido una auténtica prioridad hasta hoy.

Cuando más sísmico es el momento de las cuentas del sistema de pensiones, llega desde Europa, en forma de STJUE, una decisión que pone en jaque al entero sistema de cálculo del periodo de carencia para las pensiones de quienes trabajan a tiempo parcial

4.2. LA LENTA Y ATORMENTADA LUCHA POR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN EQUITATIVA DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: DE LA INDIFERENCIA A LA ESPECIFICIDAD RELATIVA

Como es conocido, el régimen de prestaciones de Seguridad Social del creciente colectivo de trabajadores –más bien trabajadoras, pues constituyen hoy el 74,3 % del total en España (el TJUE maneja el dato mayor del 80 %, pero ha quedado superado hoy)– a tiempo parcial, viene experimen-

tando múltiples modificaciones desde hace largo tiempo. Un dinamismo que se mantiene en la actualidad –por ejemplo a través del tristemente célebre [RDL 20/2012](#), en relación con las prestaciones por desempleo; también la [Ley 3/2012](#) para el nuevo régimen de cotización de horas extraordinarias⁸. No cabe duda de que el sentido principal que permitiría resumir bien el sentido de esa evolución es claramente de

garantías, esto es, de mejora continuada de su posición en el Sistema de Seguridad Social. Una orientación tuitiva, si bien insuficiente netamente, que deriva de una doble exigencia.

La primera social, y se vincula al imperativo de integración no discriminatoria en el Sistema de Seguridad Social de este colectivo, que hasta 1994 aparecía con un tratamiento «indiferenciado» en relación con los trabajadores a tiempo completo, explicable por el reducido peso en el mercado de trabajo de los contratos a tiempo parcial, con el consiguiente perjuicio para sus derechos e intereses. La segunda obedece claramente a la inexorable conexión entre el Sistema de Seguridad Social y la dinámica del mercado laboral, pues a medida que ha ido aumentando la presencia de estas formas antes «atípicas» de empleo en el mercado, también por impulso claro de las políticas activas de mercado de trabajo, se ha ido haciendo irresistible, además de conveniente, claro, la adaptación del primero –el Sistema de Seguridad Social– al segundo –mercado de trabajo más plural en sus formas de empleo, como el realizado a tiempo parcial (incluso en el ámbito del autoempleo o trabajo por cuenta propia)–.

Ahora bien, es igualmente manifiesto que esa evolución resulta a día de hoy claramente deficiente, tanto en el primer plano –el de la equiparación de la protección social– como en el segundo –el favor por un mayor dinamismo del mercado de trabajo–. Y no solo porque así se evidencie por la enorme litigiosidad de esta materia jurídico-social y la orientación netamente favorable a resolverla con doctrinas y jurisprudencias, incluidas las del TCO, favorables al principio de igualdad real o efectiva de trato, sino porque es una clara lección de experiencia apenas se conozca un poco y se analice con cierto detalle esa realidad reguladora. De ahí, que siga siendo una asignatura pendiente de nuestra regulación desde que, allá en 1994, la promoción del contrato a tiempo parcial se convirtió en un eje de las reformas, sin que los importantes cambios de 1998 –[RDL 15/1998, de 27 de noviembre](#), con el [RD 144/1999, de 29 de enero](#)– y 2002 –[Ley 35/2002, de 12 de julio](#), con el [RD 1132/2002, de 31 de octubre](#)– fuesen ni suficien-

⁸ Vid. DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: «Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», en *Tribuna Social*, núm. 85, 1998; GARCÍA PERROTE, I.: «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial», en AA.VV. (Coordinación: CASAS BAAMONDE, M.E. y VALDÉS DAL-RÉ, F.), *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Valladolid: Lex Nova, 2000.

tes ni, lo que es peor, siempre adecuados. Precisamente, este desajuste global es el que viene a evidenciar, aunque no solo, la *STJUE de 22 de noviembre de 2012*.

En todo caso, el referenciado dinamismo de esta regulación legal tiene detrás una larga e intensa historia de lucha jurídico-judicial. Esta constatación evidencia que los procesos de mejora de protección, lentos e insuficientes sí, pero continuos, no han sido –ni son, ni tampoco serán– lineales, menos todavía pacíficos. La cuestión más polémica al respecto ha sido siempre la relativa a la determinación o cálculo del «periodo de carencia», esto es, los periodos de cotización, exigido para acceder a la tutela o protección prestacional del Sistema de Seguridad Social, especialmente en relación con las pensiones que más exigencia de carencia o de periodos de cotización presentan, como la pensión de incapacidad permanente y sobre todo la de jubilación. La polémica se produce tanto en temas de «forma» –la lucha por el poder de dominio de la regulación– como de «fondo» –grado de conciliación de intereses–.

Un primer aspecto de este polémico tema fue, durante un largo tiempo, la lucha entre los poderes que integran el sistema de fuentes en este ámbito por el dominio de la regulación de la materia, porque inicialmente el tránsito desde un modelo de protección indiferenciada del trabajo a tiempo parcial a otro diferenciado o especializado se llevó a cabo mediante técnicas reguladoras carentes de valor normativo, confirmando una y otra vez el «gusto» de esta rama jurídico-pública por el llamado «derecho subterráneo» o el «derecho hecho en los sótanos» de los ministerios, en vez de en los Consejos de Ministros, o incluso en los «escaños», «con luz y taquígrafos», de los Parlamentos. Si la inicial inclusión de una regla específica de (doble) proporcionalidad –bases y periodos de cotización– se hizo a través de una *Resolución de la Subsecretaría de Seguridad Social* –1 de febrero de 1982; autorizada por disp. final 3.ª RD 1362/1981–, cuando la jurisprudencia –SSTS, Sala 4.ª, de 26 de mayo y 18 de octubre de 1993– reaccionó ante tan clara vulneración del principio de jerarquía normativa, el legislador –1994: disp. adic. 7.2.ª LGSS, art. 40 Ley 42/1994, de 30 de diciembre– «contraatacará» para corregir una jurisprudencia que considera ineficiente y resucitará la regla administrativa.

Hoy vuelve a ser especialmente interesante girar la mirada al pasado para hallar no solo explicaciones sino lecciones en torno a qué pasa en el presente y qué puede pasar –la función de previsibilidad del análisis científico– en el futuro. Las vicisitudes comentadas en ese inicial proceso de cambio de una protección indiferenciada a otra específica, aunque no fuese la adecuada, evidencian la neta voluntad de los Gobiernos y las mayorías parlamentarias de «atar y bien atar» el ejercicio de la soberanía jurídico-normativa, de modo que los Tribunales no puedan poner en duda quién toma la última palabra en la creación de las normas a través de los inexorables procesos de interpretación –comprensión y producción hermenéutica– de los «textos legales». El blindaje legal de una solución dada por una regla

El blindaje legal de una solución dada por una regla técnico-administrativa es el modo más seguido para intentar zanjar los conflictos sobre el rango normativo de las reglas reguladoras de la protección social

técnico-administrativa es el modo más seguido para intentar zanjar los conflictos sobre el rango normativo de las reglas reguladoras de la protección social –dimensión formal del Derecho–. Aunque intentar es una cosa y conseguirlo es otra, pues como veremos de inmediato, la Ley no está sola en la vida del Derecho ni ocupa ya, en el Estado Constitucional, a diferencia del Estado Legal de Derecho, la posición preferente, como evidenció la doctrina constitucional –SSTCO 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5.º, y 50/2005, de 14 de marzo– que declaró inconstitucional la regulación legal relativa a la doble proporcionalidad rígidamente fijada por la acción administrativa⁹.

El segundo aspecto se situaría en la evidencia de que el sistema tampoco ha sido –ni es– en todo momento unívoco, sino que arrastra, además de lagunas, contradicciones o antinomias. En este sentido, también se constata la coexistencia o convivencia de dos reglas bien diferentes para resolver una misma cuestión. Así, para el acceso a la rama de prestaciones por desempleo, conforme al criterio del artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985 –avalado por la STS, Sala 4.ª, de 26 de mayo de 1993–, no regía la proporcionalidad –«día trabajado, día cotizado», al margen de la duración de la jornada–, sí, y de forma muy estricta, para acceder a las pensiones del Sistema¹⁰.

La lección o «moraleta» jurídica de esta constatación es evidente. En ordenamientos complejos siempre caben lecturas diferentes de los «textos» a luz de los «principios jurídicos» y de las «realidades» de los tiempos en que deben ser aplicados –art. 3 CC–, sin que por ello se incurra en ninguna tentación o deriva de «uso social alternativo del Derecho» por parte de los intérpretes. La «acumulación de incoherencias» a lo largo del tiempo es algo que reconoce el propio Legislador y que ha motivado, precisamente, que uno de los cambios más relevantes, y reiterados, introducidos por el referido Real Decreto-Ley 20/2012 del régimen jurídico que da acceso a prestaciones y subsidios por desempleo haya sido, precisamente, la «racionalización» de las situaciones a tal fin provenientes desde los contratos a tiempo parcial.

⁹ Una crítica de esta «pugna» entre fuentes y la vocación hegemónica de la Administración a través de la instrumentación del «poder de la mayoría parlamentaria», en LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El cómputo de la carencia para las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial», *Poder Judicial*, núms. 43/44, 1994. Las resistencias judiciales son inevitables cuando se considera que una decisión legal es «injusta» de una forma tan clara como resultaba en este caso –hoy se reproducen a decenas–. Por eso, aunque la voluntad legal era muy clara tras la reforma de 1994, algunas doctrinas de duplicación mantenían una cierta «rebeldía» al respecto, insistiendo en que la regla era la sentada por la jurisprudencia social, según la cual el cómputo de los periodos de cotización debería efectuarse por día cotizado, con independencia de las horas trabajadas de forma efectiva. Como es natural, la «oposición» o «crítica» judicial a la decisión –política del derecho– legislativa no puede ser estrictamente «justicialista» sino que requiere argumentos jurídicos. A tal fin, acudieron a principios generales del Derecho, como la prohibición de retroactividad perjudicial o desfavorable para las cotizaciones efectuadas cuando el «hecho causante» fuese anterior a la entrada en vigor de la nueva y perjudicial normativa legal –1 de enero de 1994–, primando la regulación del momento de la cotización. Sin embargo, el TS aquí no acompañó esta «resistencia», sin duda testimonial y con efectos limitados en la práctica, y sentenció que el momento clave para determinar la norma aplicable es el del «hecho causante», aunque eso afecte a cotizaciones anteriores (SSTS, Sala 4.ª, 7 y 13 febrero de 1997).

¹⁰ Vid. LUELMO MILLÁN, M.A.: «El contrato a tiempo parcial: cotización y prestaciones», *Actualidad Laboral*, tomo I, 1998.

Para el Legislador de tal reforma-recorte, la normativa vigente resultaría poco homogénea y equitativa, sin que, además, *se garantice la necesaria coherencia entre las políticas pasivas y las políticas activas.*

Ahora bien, que el problema de desajuste existe, también las soluciones diversas, en modo alguno garantiza el sentido de la solución. En realidad, y resurgiendo el primer aspecto evidenciado –la lucha entre poderes reguladores por la fijación de la última palabra normativa–, lo que hace ahora el Legislador es introducir también restricciones en las vías de acceso y en la cuantía de la prestación en tales casos. Aunque honesto –y por tanto debido– es reconocer que en esta materia, y a diferencia del sentido general de restricción asumido por tal reforma, la modificación de la normativa de Seguridad Social sí ha supuesto una solución más equitativa a determinadas situaciones de trabajo a tiempo parcial.

Honesto es reconocer que en esta materia, y a diferencia del sentido general de restricción asumido por tal reforma, la modificación de la normativa de Seguridad Social sí ha supuesto una solución más equitativa a determinadas situaciones de trabajo a tiempo parcial

Así ha sucedido, por ejemplo, respecto de los topes, máximo y mínimo, del importe de la prestación en caso de pérdida de empleo a tiempo parcial ex artículos 211.3 de la LGSS y 4, párrafo 2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, modificado por el Real Decreto 200/2006. En cambio, la cuestión que aquí nos ocupa –la comentada regla de la proporcionalidad para el cómputo del periodo de carencia cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial– no ha experimentado modificación alguna. Por lo tanto, se mantiene la referida antinomia entre las soluciones dadas a una prestación –desempleo, más benévola– y otra –la pensión de jubilación, más restrictiva¹¹. No es la única, como de inmediato se verá.

Finalmente, el tercer aspecto de este continuo pero atormentado proceso de mejora de la protección social del trabajador a tiempo parcial tiene que ver directamente con el fondo o sentido de la regla reguladora. Como es natural, la pugna entre fuentes no es solo por fijar con carácter «definitivo» la regla –forma–, sino por marcar su sentido, expansivo o restrictivo. La varias veces comentada evolución desde un régimen de indiferencia reguladora del trabajo a tiempo parcial a efectos de protección social –que no se producía solo respecto de las pensiones, sino también de ciertos aspectos de la protección por desempleo, por ejemplo, como se acaba de recordar a

¹¹ Para un análisis detenido de estas modificaciones, evidenciando tanto la continuidad de la regla de favor hacia el acceso a la prestación por desempleo respecto del acceso a la pensión de jubilación, en los términos del artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, como las soluciones «más equitativas» a problemas derivados de la concurrencia de trabajos a tiempo parcial con otros a tiempo completo, *vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Reformas en materia de seguridad social y empleo derivadas de la crisis económica», RTSS. CEF, núms. 353-354, agosto-septiembre 2012, págs. 90-92.

propósito de la última reforma orientada a incluir unas reglas especiales y, en lo posible, equitativas— a otro más específico y adaptado, evidencia la tensión entre los principios del Sistema en juego en estos casos: la garantía de la contributividad del Sistema, de un lado, y la promoción de una igualdad efectiva, no solo formal, de trato, de otro. De ahí, que el Legislador haya sido progresivamente consciente de la necesidad de introducir algunos elementos o «criterios de corrección» de la inicial estricta proporcionalidad auspiciada por la inicial regulación legal-reglamentaria.

Se trata con ello de facilitar una aplicación más equitativa de las normas generales del Sistema a los rasgos propios de esta ya típica, aunque todavía no mayoritaria, forma de empleo, entre otras cosas porque aparece en todas las reformas del mercado de trabajo, incluyendo la última, como una fórmula a promover para mejorar el nivel de empleo que aquel presenta, hoy extraordinariamente deprimido.

Desde esta perspectiva de equidad efectiva y de promoción coherente, una vez más, el dirigir la mirada hacia las experiencias comparadas más exitosas en torno al fomento del empleo a tiempo parcial, nos ilustra con certeza sobre la condición de necesidad que tiene, para que esa fórmula pueda prosperar, el garantizar una equiparación real en la protección.

El acceso a la protección no puede ser meramente formal o testimonial sino efectivo, lo que significa que la regulación debe asegurar o garantizar, una vez se compruebe el cumplimiento de los presupuestos razonablemente exigidos para ello, el acceso práctico, real, de los/as trabajadores/as a tiempo parcial a tal protección, y en nuestro caso, ante la evidenciada diferencia reguladora, a las pensiones. Precisamente, esta misión es la que pone de manifiesto el régimen «particular» previsto, tras sucesivas modificaciones, como se ha dicho, en el **artículo 3 del Real Decreto 1131/2002**, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social del colectivo de trabajadores empleados a tiempo parcial. Sin embargo, y una vez más, se pone de relieve cómo la «lucha por el Derecho Justo» es inagotable, diferentes jueces, y a través de distintos mecanismos de «crítica jurídico-positiva» de la Ley —*una Cuestión de Inconstitucionalidad y una Cuestión Prejudicial*—, consideraron que tampoco esta adaptación legal resultaba de todo punto suficiente para que conviviera armónicamente en nuestro Derecho, pues no tenía en cuenta ese régimen legal la intensa feminización de este tipo de empleo, es decir, no pasaba el «test de género» que toda norma jurídica ha de pasar para ser legítima, lo prevea o no, lo quiera o no, el legislador, y aunque el resultado eleve el coste del derecho, aún, eso sí, siempre en términos de razonabilidad para el equilibrio presupuestario del Sistema.

La pugna entre fuentes no es solo por fijar con carácter «definitivo» la regla, sino por marcar su sentido, expansivo o restrictivo. La evolución desde un régimen de indiferencia reguladora del trabajo a tiempo parcial a efectos de protección social a otro más específico y adaptado evidencia la tensión entre la garantía de la contributividad del Sistema y la promoción de una igualdad efectiva de trato

4.3. EL ESFUERZO DE CORRECCIÓN NO ES SUFICIENTE: LA FEMINIZACIÓN DEL EMPLEO A TIEMPO PARCIAL Y EL CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL CÓMPUTO DEL PERIODO DE CARENANCIA

4.3.1. La inclusión de «acciones positivas objetivas»: El coeficiente multiplicador como forma de incentivo del empleo a tiempo parcial

Conforme al referido artículo 3 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, los periodos que se exigen de cotización para acceder a las pensiones –así como a otras prestaciones del Sistema–, exigen su cálculo atendiendo a las horas trabajadas –ordinarias, complementarias y, tras la reforma del art. 12.4 c) del ET por la Ley 3/2012, así como con la reforma incluida a tal fin en la LGSS–, mediante la técnica de los «días teóricos de cotización». Por tanto, se ha de incluir la jornada real, efectiva, a fin de que se facilite el cómputo de todo el periodo trabajado. Ahora bien, para atender la especialidad del empleo a tiempo parcial, y no incurrir en nocivos tratamientos indiferenciados del pasado, la norma reglamentaria prevé una regla especial, según la cual:

«... el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales».

Como puede apreciarse con nitidez, el legislador ha buscado equidad con el trabajador a tiempo parcial, pero solo relativa, porque le ha preocupado más que ese objetivo, además de no ser muy costoso en términos de pérdida de estricta contributividad, permita una aplicación lo más cierta posible, en aras de la seguridad jurídica. De ahí que en vez de diferenciar según el criterio de la jornada realmente realizada por el trabajador, según el sector en el que haya quedado encuadrado profesionalmente, conforme al parámetro del «trabajador comparable» –o la jornada fijada por convenio colectivo aplicable–, haya optado por una regla uniforme y formal, como es la «jornada máxima legal». Por enésima vez, bajo la cobertura de la garantía para la seguridad jurídica se oculta una concreta opción de política legislativa incoherente, pues no se ajusta a la evolución experimentada en la delimitación jurídico-laboral de este tipo de empleo, e inicua, porque su aplicación no asegura ese tratamiento equitativo, de modo que el formalismo y rigor de la norma puede conllevar una privación de días teóricos¹². En el eterno conflicto entre «equidad» y «seguridad jurídica», de nuevo parece terminar venciendo esta en relación con aquella, al menos en la voluntad e imaginario legislativo, que no agota el jurídico.

Pero este no es ni mucho menos el final de la historia. Primero porque la Ley es consciente de la necesidad, siguiendo los ejemplos evidenciados en otros países de la UE exitosos a tal fin

¹² Vid. ALARCÓN CARACUEL, M.: «Luces y sombras del nuevo contrato a tiempo parcial», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pág. 233. Pone un interesante ejemplo de este perjuicio FERRADNAS CARAMÉS, C.: «La aplicación del principio de no discriminación al modo de cálculo de los periodos de carencia en los contratos a tiempo parcial». Comunicación presentada a la Ponencia III de las, felizmente celebradas, XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Cádiz, 13 y 14 diciembre 2012, pág. 8 (texto escrito en pdf).

–Dinamarca, Países Bajos...–, de no regatear medidas que, de un modo u otro, impliquen «acciones favorables» o «acciones positivas» hacia el mismo, a fin de incentivarlo. Por lo que el artículo 3.2 de la normativa reglamentaria reguladora prevé que, para el acceso a las principales pensiones –pero no a todas– que exigen mayor periodo de carencia o de cotización –la de incapacidad permanente y la de jubilación–, el número de días teóricos resultantes deriva de la aplicación al periodo acreditado de un *coeficiente multiplicador de 1,5*. Para perfeccionar esta medida de favor se asimila la fracción de día a un día completo, si bien se limita –tope máximo– el número de días al máximo que correspondería de tratarse de jornadas completas –así sucederá para jornadas a tiempo parcial superiores al 66,5 % de la jornada máxima legal–, pues de otro modo la medida haría de peor condición a los trabajadores a tiempo completo, con lo que revelaría no una acción positiva sino una discriminación inversa, lo que no tiene sustento en nuestro Derecho positivo.

Por supuesto, el legislador más reciente tampoco ha querido escapar a la referida cuestión de las contradicciones o antinomias jurídicas en el sistema, de modo que, al igual que se dijo respecto de la prestación por desempleo, también aquí detectamos desajustes en las soluciones dadas por un mismo ordenamiento a situaciones análogas –semejantes–, esto es, con una identidad de razón. Me refiero ahora a la existencia de normas, también de valor o de rango reglamentario –es el caso del art. 4 RD 691/1991, de 12 de abril, sobre el cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social; o del art. 22 de la Orden de 13 de octubre de 2003, relativa a la técnica del Convenio Especial–, que sí incluyen en las reglas particulares relativas a favorecer el acceso a la protección social de los-as empleados-as a tiempo parcial prestaciones que, como las de «muerte y supervivencia» –que exigen carencia mayor de 15 años–, han quedado fuera, sin embargo, de la regla de favor comentada para el acceso de tales colectivos a las pensiones de jubilación, o incapacidad permanente¹³. En estos casos, pues, retornan los efectos penalizadores de la doble proporcionalidad, al no tenerse en cuenta esa medida de favor, y sin que resulte suficiente la norma especial o adaptada referida, con lo que cabría plantearse la posibilidad, no ya solo de derecho legal futuro –*iure condendo*–, sino incluso de derecho positivo o de presente –*iure condito*–, de corregir esta contradicción mediante el recurso a principios y valores superiores, sea en sede interpretativa, sea por la vía del cuestionamiento ante Tribunales superiores de la regulación legal.

Como ejemplo de la primera vía, la interpretativa por la jurisprudencia ordinaria, es útil citar la jurisprudencia que, desde el principio de asimilación entre ambos tipos de empleo, trata de evitar toda penalización, directa o indirecta, del trabajo a tiempo parcial. Así, se ha evidenciar-

¹³ La crítica de estas contradicciones en GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I.: «La protección social...», *op. cit.*, pág. 237. No debería olvidarse que también en este ámbito existe una notable diferencia estadística. De los 4,5 millones de pensiones que reciben las mujeres, la mayoría son de viudedad (2,1 millones) seguidas de las de jubilación (1,9 millones). En cambio, entre los varones (4,3 millones de pensiones) dominan las de jubilación (3,4 millones) y las de viudedad son casi una anécdota. En el caso de las pensiones por jubilación, vinculadas a la vida laboral, los varones cobran de media 816 euros, y las mujeres, 664. Esta diferencia también se explica por la menor cotización, puesto que los salarios también han sido menores en los años anteriores, y todavía se perpetúa la brecha salarial de género. En suma, ahora comienzan a evidenciarse en el sistema de protección social los problemas derivados de la desigualdad de las mujeres en el mercado de trabajo de décadas precedentes.

do respecto de la necesidad de garantizar, se insiste que por vía interpretativa común u ordinaria, que el cómputo del periodo de carencia integre conceptos relativos al trabajo efectivo en sentido expansivo, aunque no haya propiamente actividad. Sería el caso de típicos periodos de inactividad pero retribuidos –y también cotizados y liquidados a tal fin (las vacaciones, periodos de descanso)–, o las pagas extraordinarias (STS, Sala 3.ª, de 28 de abril de 2000).

4.3.2. El viaje, siempre pendiente e inacabado, hacia las «acciones positivas subjetivas»: La reaparición del escrutinio de género de la legalidad vigente

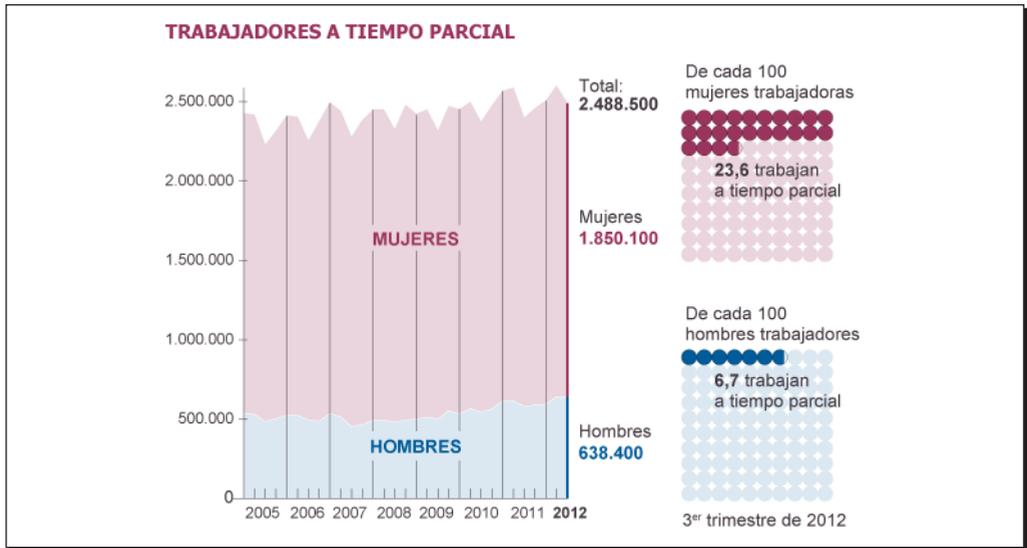
La segunda vía, más radicalmente crítica, precisa el complemento de la comprensión que del régimen cuestionado tenga el máximo Tribunal previsto para las garantías jurídicas que se entiende no respetadas por la Ley y que no se pueden salvar por la vía interpretativa, sino por la depuración de aquella del Sistema. Así sucede cuando el desajuste se produzca en relación con el «orden constitucional», bien el nacional y de sentido estricto –la Constitución de 1978–, bien comunitario y en sentido amplio. Al margen del fiasco del intento de contar con una genuina Constitución Europea, hoy el Derecho Fundacional Comunitario también configura derechos fundamentales, muy en especial si se trata del principio de igualdad real de oportunidades entre personas y colectivos y la prohibición de discriminación por cualquier motivo entre ellos, y todavía más en particular si lo es por razón de sexo/género.

Al margen del fiasco del intento de contar con una genuina Constitución Europea, hoy el Derecho Fundacional Comunitario también configura derechos fundamentales, muy en especial si se trata del principio de igualdad real de oportunidades entre personas y colectivos y la prohibición de discriminación por cualquier motivo

Al respecto, en el enjuiciamiento de esta relación de adecuación o conformidad entre la representación normativa a nivel superior y la solución legal no se puede prescindir de la realidad social científicamente constatada, puesto que solo de este modo es posible huir del puro juego ideológico y/o demagógico entre visiones, incluso cosmovisiones, diferentes y opuestas, para situar el análisis jurídico en su realidad, como nos exige el también imperecedero artículo 3 del CC –que consagra la aplicación de las normas según el signo de los tiempos, pero no abstractamente definidos, sino realmente constatados–. Aflora así la utilidad de un potente instrumento probatorio en este ámbito, como es la prueba estadística, que no solo «mide» una realidad, sino que facilita su uso en una decisión judicial.

Esta realidad constatada es muy evidente, porque los datos son muy tozudos, mucho. De conformidad con las estadísticas de población activa –EPA–, proporcionadas en nuestro país por el Instituto Nacional de Estadística –INE–, casi una cuarta parte de las trabajadoras tienen un empleo a tiempo parcial –concretamente el 23,6%–, lo que sumaría un total de 1.850.100 mujeres ocupadas a tiempo parcial de un total de 7.800.000 empleadas. En cambio, apenas un 7% de los hombres ocupados –

concretamente 6,7%— prestan servicios profesionales a través de esa forma de empleo en nuestro mercado de trabajo, por lo que de una población ocupada de 9.400.000 hombres solo 638.000 lo harían a tiempo parcial. Parece claro que esta realidad se puede explicar de muchos modos, pero cualquiera que se siga no puede enmascarar que una parte de población ocupada muy superior a otra en número, luego presenta porcentajes muy inferiores respecto de esta en lo que concierne al empleo parcial.



Fuente: Encuesta de Población Activa (INE) / *El País*.

Pero la EPA da más información relevante: el 66,7% de los hombres y el 56,8% de las mujeres tienen este tipo de empleo porque no han podido acceder a uno a tiempo completo. Y ¿por qué hay esa diferencia significativa de 10 puntos porcentuales en la valoración del empleo a tiempo parcial? La razón es la de siempre también: la asunción en mayor porcentaje del cuidado –trabajo de cuidar– de niños o mayores y otras obligaciones familiares. Si el 21% de las mujeres esgrime alguno de esos motivos, solo el 2,8% de los varones lo hace. A ello se suma el peso del factor segregación laboral: las mujeres son mayoría en el sector servicios, sobre todo si se trata de atención a las personas, donde más abunda este tipo de contratos. Precisamente, ese fue el caso que ha servido de base para la [STJUE de 22 de noviembre de 2012](#), pues la trabajadora no solo prestaba servicios de limpieza sino que no podía ampliar su jornada porque «Tenía que cuidar de mis hijos y mi suegra. Mi marido trabajaba y si me metía en una empresa no podía hacer todo eso. Era la forma de sacar a la familia adelante»¹⁴.

¹⁴ Así lo declaró la afectada en el periódico que la entrevistó, evidenciando que esa forma de empleo era la única posible. Vid. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/11/30/actualidad/1354299187_604384.html

El caso enjuiciado sirve para evidenciar, y denunciar, una realidad muy común, extendida, de ahí la preocupación surgida en el seno del Gobierno por la sentencia. El problema generado deriva en gran medida del desigual reparto del trabajo de cuidar, con la quiebra del principio de corresponsabilidad, y también de la ausencia de servicios de cuidado asequibles. Por lo tanto, la discriminación analizada en la decisión judicial no hace sino reflejar la permeabilidad del mercado de trabajo a las discriminaciones sociales, respecto de las cuales se muestra en exceso funcional.

Precisamente, esta forma de análisis crítico de la norma legal mediante la elevación de la censura jurídica al Tribunal de «última garantía», a fin de corregir los perjudiciales resultados de una regulación de protección social para las trabajadoras a tiempo parcial, se ha seguido en dos ocasiones, lo que evidencia que el problema lejos de ser nuevo resulta redundante. Antes de la Cuestión Prejudicial ante el TJUE, se presentó una primera censura de aquel régimen desde la perspectiva de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo a través de la Cuestión de Inconstitucionalidad –n.º 2045/98 planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra–, que dio lugar a la STCO 253/2004, que fijó una doctrina contraria al entendimiento estricto de la proporcionalidad en esta materia ya consolidada –SSTCO 49 y 50/2005–. A results de la citada doctrina constitucional quedó bien caro que el entendimiento estricto del principio de doble proporcionalidad produce resultados que hace de peor condición a las trabajadoras a tiempo parcial, ya que dificultaba de forma injustificada su acceso a las prestaciones contributivas, con lo que una formal aplicación de la Ley provoca en tales trabajadoras una discriminación indirecta, prohibida por el artículo 14 de la CE.

Como recuerda esta [STCO 253/2004](#), en su FJ 7.º –y otras como la STCO 3/2007–, aquel concepto de «discriminación indirecta» fue elaborado por la jurisprudencia del TJCE con ocasión del enjuiciamiento de diversos supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la originaria prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (luego art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea y hoy art. 157 TFUE) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse así: «... *el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo*»¹⁵.

En estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones. En tales supuestos bastará, como han dicho tanto el TCO como el TJCE, que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfa-

¹⁵ Entre otras muchas, [SSTJCE de 27 de junio de 1990](#), asunto Kowalska; de [7 de febrero de 1991](#), asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötöl o de [9 de febrero de 1999](#), asunto Seymour-Smith y Laura Pérez...

vorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras (trabajadores a tiempo parcial –STJCE de 27 de junio de 1990–; trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –STJCE de 9 de febrero de 1999–, trabajadores con menos fuerza física –STCO 145/1991, de 1 de julio–, etc.)¹⁶.

Ahora bien, pese a la también doble corrección de la proporcionalidad introducida por el legislador, como se ha visto, a partir del año 1998, el especial celo que hay que tener siempre en el juicio de adecuación de las normas de valor legal a las que tienen fundamento constitucional, así como comunitario, exige mantener una constante alerta. La ausencia de razonabilidad de determinados efectos requiere de una contundente reacción del entero sistema, a fin de garantizar el correcto, y desde luego también cambiante, equilibrio entre la flexibilidad que proporciona esta forma creciente de empleo y la seguridad de la protección que merece todo trabajador¹⁷. Esta tarea de vigía constante para asegurar el primado de los valores superiores del ordenamiento es la que realizó, a través de una Cuestión Prejudicial, el Juzgado de lo Social de Barcelona, remitida al TJUE mediante Auto de 4 de julio de 2011, y que ha dado lugar al asunto C-385/11, resuelto favorablemente a la crítica del juez por la referida STJUE, Sala 8.ª, de 22 de noviembre de 2012.

Pese a la doble corrección de la proporcionalidad introducida por el legislador, el especial celo que hay que tener siempre en el juicio de adecuación de las normas de valor legal a las que tienen fundamento constitucional, así como comunitario, exige mantener una constante alerta

Para comprender mejor el alcance práctico de la sentencia conviene resumir la situación fáctica que dio lugar a la demanda. Se trata de una mujer que solicita una pensión de jubilación, habiendo tenido a lo largo de su actividad laboral jornadas muy reducidas. Primero porque su situación familiar, como hemos visto, no le permitía otra cosa. Segundo, porque en este sector de servicios –de limpieza–, es frecuente desarrollar actividades con jornadas por debajo del 50% de la jornada máxima legal.

¹⁶ Quizás no sea ocioso recordar que, como han destacado igualmente el TCO y el TJUE, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el artículo 14 de la CE, no resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos casos lo que se compara «no son los individuos», sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 de la CE, en nuestro caso las mujeres.

¹⁷ Vid. FERRADANS CARAMÉS, C.: *El contrato a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Pamplona: Aranzadi, 2006, págs. 65 y ss.

Así, durante 18 años estuvo cotizando por una jornada de 4 horas de trabajo a la semana, lo que, aplicando estrictamente el citado régimen de cómputo de los periodos cotizados, suma un periodo de carencia de 1.362 días –poco más de 4 años–¹⁸. Con estos datos, el Juzgado de lo Social de Barcelona remitente de la Cuestión Prejudicial, estima, y el TJUE acepta, que de mantener constante ese régimen de trabajo, la trabajadora tendría que esperar nada menos que un siglo –100 años– para acreditar la carencia mínima necesaria de 15 años requerida por la regulación. Ahora bien, una vez alcanzados, si tuviese una vida laboral tan longeva, su afán laborioso, que parece ser el que las nuevas tendencias de reforma quieren implantar con la prolongación casi *sine die* (mientras «el cuerpo –y la mente– aguante») de la hora de la feliz jubilación, le habría servido a la mujer para posibilitar una pensión de poco más de 100 euros al mes –concretamente 112,93 euros–, esto es, su odisea laboral le supondría una «renta de sustitución» de prácticamente «un euro» al mes por año cotizado.

En suma, pese a la doble corrección legal de la proporcionalidad en el cómputo del periodo de carencia, la aplicación al caso de la todavía vigente disposición adicional 7.^a de la **LGSS** no solo «proporcionaría» una prestación proporcionalmente más reducida que la parcialidad de su empleo, sino que, al mismo tiempo, obstaculiza –o impide– el acceso real a tales prestaciones desproporcionadamente más a las mujeres que a los hombres, pues hay una diferencia abrumadoramente superior de mujeres empleadas a tiempo parcial que de hombres. En estas circunstancias, ¿había alguna otra opción digna y justa para el Juzgado de lo Social de Barcelona distinta a suspender el procedimiento y plantear al TJUE que censurara una Ley si no prohibitiva sí tan obstaculizadora del acceso a una pensión contributiva mínima de mujeres «obligadas» por razones familiares a prestar servicios durante jornadas reducidísimas y, por razones socio-económicas de mercado de ínfimas cuantías? Naturalmente la respuesta admitirá diversidad de opiniones. Pero lo que aquí cuenta es que el juez decidió seguir esa senda y que tuvo éxito. Ahora es momento de analizar con algún detalle cómo llega el TJUE a la censura de nuestro modelo de cómputo del periodo de carencia referido por sus efectos negativos en ciertos colectivos de mujeres, con un razonamiento técnicamente pobre y reiterativo hasta el hartazón, con un fallo de extrema incertidumbre en su ejecución pero de extraordinaria trascendencia social.

¹⁸ Según se relata en el punto 11 de la STJUE 22 de noviembre de 2012: La reclamación interpuesta por la demandante en el litigio principal el 30 de noviembre de 2009 fue desestimada mediante resolución del INSS de 9 de diciembre de 2009. Pese a que la demandante en el litigio principal debía acreditar un periodo mínimo de cotización de 4.931 días, dicha resolución le reconocía un periodo de cotización de 1.362 días, así repartidos:

- 41 días: del 24 de octubre de 1960 al 3 de diciembre de 1960, a jornada completa.
- 336 días: como asimilados, a causa de tres partos (3 × 112).
- 656 días: del 1 de noviembre de 1991 al 30 de octubre de 2009, es decir, un periodo de 6.564 días, computables al 10% en razón de la jornada parcial.
- 329 días: por asimilación, resultado del factor de corrección (1,5).

4.3.3. El varapalo al sistema de pensiones: razones de la censura comunitaria al sistema español de cómputo del periodo de carencia

De forma inteligente, y por enésima vez confirmando que la complejidad del Derecho Social contemporáneo deriva en una pluralidad de opciones interpretativas para dar sentido social, equitativo o justo y también siempre dentro de lo razonable, a los problemas, el juez de lo Social planteó una estrategia de censura jurídica dual, de modo que de no aceptarse una primera vía crítica pudiera tener éxito una segunda. Desde esta perspectiva, en un primer grupo de «cuestiones prejudiciales», planteó si entraría dentro del concepto de «*condición de empleo*» al que se refiere la prohibición de discriminación de la cláusula 4.ª de la [Directiva 97/81/CE](#) una pensión de jubilación como la regulada por el Sistema de Seguridad Social español en el nivel contributivo, resultante de las cotizaciones efectuadas por y a favor del trabajador durante toda su vida laboral. De responder el TJUE afirmativamente, le plantea si, en tal caso, sería compatible con el Derecho Comunitario una norma nacional que, como consecuencia de la aplicación doble del principio de proporcionalidad —«*pro rata temporis*»—, aun corregida para introducir elementos no estrictamente proporcionales, sino solidarios, exija a los trabajadores a tiempo parcial, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un periodo de cotización más elevado proporcionalmente para acceder a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente más reducida a la parcialidad de su jornada. De una forma complementaria planteaba si podía ser considerada como uno de los «*elementos y condiciones de retribución*» al que se refiere la prohibición de discriminación del artículo 4 de la [Directiva 2006/54/CE](#) —y el propio art. 157 TFUE— una regulación como la española (contenida en la disp. adic. 7.ª [LGSS](#)) del sistema de cotización, acceso y cuantificación de la pensión de jubilación contributiva para los trabajadores a tiempo parcial.

Alternativamente, para el caso en que la pensión contributiva española no se entendiese ni como «*condición de empleo*» ni como «*condición de retribución*», la posible existencia de una discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, de conformidad con el artículo 4 de la [Directiva 79/7/CEE](#). Un planteamiento de este tipo tiene especial sentido en el marco de un ordenamiento jurídico tan plural como el comunitario que, además, tiene que tener en cuenta la extraordinaria diversidad de órdenes y experiencias jurídicas en torno a instituciones que, si bien pueden tener un efecto de protección análogo, se configuran de manera diversa. La garantía del efecto útil de las Directivas no debe estar reñida con el reconocimiento de la diversidad jurídica, tanto de sistemas normativos como de tradiciones y culturas.

A este respecto, el TJUE procede a recordarle al Juzgado de lo Social español la doctrina que ha venido sentando respecto a estas cuestiones, descartando tanto las dos primeras como la complementaria, y aceptando la «alternativa». Así, de un lado, trae a colación su doctrina en torno a qué incluye el concepto de «retribución», en el sentido del artículo 157 del TFUE, apartado 2, evidenciando que solo pertenecen a él

«las pensiones que dependen de la relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de las que se derivan de un régimen legal a cuya finan-

ciación contribuyan los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en una medida que depende menos de tal relación de trabajo que de consideraciones de política social. De este modo, no pueden incluirse en este concepto los regímenes o prestaciones de seguridad social, como las pensiones de jubilación, regulados directamente por la ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores»¹⁹.

De otro lado, y por razones análogas tampoco estaríamos ante «condiciones de empleo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. Una pensión como la discutida en el litigio principal, que, como señala el Gobierno español, es la más general de las pensiones reguladas por el Derecho español, resulta ser una pensión que depende menos de una relación de trabajo entre trabajadores y empleadores que de consideraciones de orden social. Es cierto, advierte el TJUE, que las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o las razones de carácter presupuestario que influyeron o pudieron influir en que el legislador nacional estableciese un determinado régimen no pueden prevalecer si la pensión solo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo²⁰. Pero en este caso no se cumple la primera de esas tres condiciones, por cuanto de la documentación obrante en poder del Tribunal de Justicia no se desprende ningún indicio de que una pensión como la examinada en el litigio principal solo afecte a una categoría particular de trabajadores. En consecuencia, tal como acertadamente señalan el INSS, los Gobiernos español y belga y la Comisión Europea, ni el artículo 157 del TFUE ni, por consiguiente, el artículo 4 de la [Directiva 2006/54/CE](#), cuya finalidad es aplicar esa primera disposición, ni la cláusula 4 del Acuerdo marco, pueden considerarse aplicables a una pensión como la controvertida en el litigio principal.

En cambio, dicha pensión puede estar comprendida en el ámbito de la [Directiva 79/7/CEE](#), por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de esta Directiva, a saber, la vejez, y está directa y efectivamente vinculada con la protección contra ese riesgo²¹. Pues bien, desde este enfoque, una vez recordada la referida fórmula jurisprudencial relativa a la discriminación indirecta por razón de sexo, el TJUE razona que, según se desprende del auto de remisión –explicaciones del Juzgado remitente referidas en el apartado 17 de la STJUE–, la normativa española del litigio principal.

¹⁹ Vid. [STJUE de 10 de junio de 2010](#), Bruno y otros, C-395/08 y C-396/08, apartado 41 y la jurisprudencia citada. De especial interés también la [STCE de 29 de noviembre de 2001](#), Griesmar, C-366/99, apartado 27 y la jurisprudencia citada.

²⁰ Vid. sentencia Bruno y otros, antes citada, apartado 47. Con carácter general vid. PÉREZ DEL RÍO, T.: *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, 1999.

²¹ La STJUE remite a su [Sentencia de 20 de octubre de 2011](#), Brachner, C-123/10, apartado 40.

«... perjudica a los trabajadores a tiempo parcial tales como la demandante en el litigio principal, que durante mucho tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el periodo de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión» –punto 30–.

De ello se seguiría que tal normativa es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CE, a menos que concurriese una causa justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede cuando se respeta el test o juicio de proporcionalidad de la medida, esto es, que los medios elegidos respondan a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, resulten los más adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por esta y sean necesarios a tal fin. Para entender el alcance de este límite a la vigencia del derecho fundamental en este ámbito puede recordarse cómo, el propio TJCE ha entendido múltiples veces que no existía «discriminación indirecta por razón de sexo» al probarse que estaban justificadas las diferencias de trato por motivos de política social. Así lo ha establecido respecto de medidas tales como la no inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *Megner y Schffel*) o la falta de cobertura de determinadas prestaciones de Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *Nolte*).

A fin de conseguir la misma comprensión del TJUE que en tales casos, el INSS y el Gobierno español aducen que la exigencia de determinados periodos de cotización previos para poder acceder a determinadas prestaciones constituye la expresión de un objetivo general de política social perseguido por el legislador nacional. Como ya recordamos, el Gobierno considera esta obligación *«esencial en el marco de un sistema de seguridad social de tipo contributivo, en particular, para garantizar el equilibrio financiero del sistema»*.

El TJUE ha reconocido ya, al menos formalmente, el valor que esa exigencia financiera tiene como límite al ejercicio de determinados derechos fundamentales, así como incluso al ejercicio de las libertades económicas comunitarias –como la libertad de desplazamiento, por ejemplo en relación al llamado «turismo sanitario comunitario»–. Pero no está dispuesto a que se utilice como una mera «cláusula de estilo», sin dotarlo de un contenido concreto, de modo que cargue sobre quien lo esgrime la carga de probar que no se trata de un riesgo abstracto sino de un peligro concreto. No bastará, pues, con alegar el perjuicio teórico al sacrosanto principio de la estabi-

El TJUE ha reconocido el valor que esa exigencia financiera tiene como límite al ejercicio de determinados derechos fundamentales. Pero no está dispuesto a que se utilice como una mera «cláusula de estilo», sin dotarlo de un contenido concreto

lidad presupuestaria o financiera del Sistema, sino que es necesario que se haga un esfuerzo adecuado para acreditarlo, proporcionando los números que así lo avalen.

Desde esta perspectiva relativa a la carga del legislador nacional de probar el peligro concreto de desequilibrio financiero, de inicio, lo que al TJUE le consta, «según se desprende del auto de remisión», es que ya hay mecanismos legales para restringir el efecto financiero de la eventual pensión que correspondiese, porque *«los trabajadores a tiempo parcial de que se trata han pagado cotizaciones dirigidas, en particular, a financiar el sistema de pensiones. Además, consta que, si recibieran una pensión, el importe... se reduciría proporcionalmente en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones pagadas»* –punto 34–. Pues bien, como acertadamente señalan el Gobierno belga y la Comisión, ningún documento obrante en autos permite concluir que, en estas circunstancias, la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal de toda posibilidad de obtener una pensión de jubilación constituya una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el Sistema de Seguridad Social de tipo contributivo, al que se refieren el INSS y el Gobierno español, y que ninguna otra medida menos gravosa para tales trabajadores logre ese objetivo. La acreditación de contrario debe ser concreta, real, no abstracta o ideal, como la referencia a que las dos medidas correctoras de la proporcionalidad tengan esa virtualidad de favor hacia el acceso a la pensión en tales casos, pues la negativa por parte de las Entidades Gestoras de la pensión evidenciaría que no tiene *«el menor efecto positivo en la situación de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal»* –punto 36–.

En cuanto a la referencia del Gobierno español a la [STJUE de 16 de julio de 2009](#), Gómez-Limón Sánchez-Camacho, el TJUE amablemente le recuerda que no es aplicable. Esta sentencia atañe, respecto a la [Directiva 79/7/CEE](#), a la interpretación de su artículo 7, apartado 1, letra b). En su virtud, los Estados disponen de la facultad de excluir del ámbito de aplicación de esta Directiva la adquisición del derecho a prestaciones de Seguridad Social en virtud de regímenes legales *después de periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos*. Ahora bien, del auto de remisión no se desprende que esta disposición sea aplicable.

4.4. ¿Y AHORA QUÉ?: DE LA CENSURA JURÍDICA A LAS SOLUCIONES ¿NEGOCIADAS?

4.4.1. La respuesta individual: La inaplicación del régimen legal y el acceso a la prestación contributiva (SJS de Barcelona, nº. 33, de 30 de noviembre de 2012)

Con este crítico y confuso panorama y el trabajo a tiempo parcial en aumento, ¿qué hacer tras el fortísimo varapalo del Tribunal de Luxemburgo? Esta dimensión práctica tiene una doble vertiente, individual y colectiva. En ambos casos la solución significará un coste para el Siste-

ma de Seguridad Social y en su dimensión colectiva muy significativo, máxime cuando se habla por doquier, como decimos, de su reforma para enjugar el déficit que comienza a tener. El TJUE ni ordena –tampoco puede– a España que equipare de forma plena y efectiva los derechos de pensión de los trabajadores a tiempo parcial y completo, pero tampoco le ofrece pista alguna de cómo solucionarlo, ni para la trabajadora afectada directamente ni para el conjunto de la población potencialmente afectada –casi 2.500.000 en general, y casi 2.000.000 de las mujeres, enfatizando la vertiente de género, que niega el ministerio–.

En ambos casos la solución significará un coste para el Sistema de Seguridad Social y en su dimensión colectiva muy significativo, máxime cuando se habla por doquier de su reforma para enjugar el déficit que comienza a tener

Por lo que hace al aspecto individual, relativo a la solución justa para la persona que ha abierto la brecha en el sistema, queda ahora en manos del Juzgado de Barcelona. Este será el que deba decidir qué solución da al caso, pues la sentencia prejudicial evidencia la ilegitimidad de la norma nacional pero no le ofrece, como decimos, la respuesta. El caso puede tardar tiempo –el problema viene para la interesada desde 2009– en solucionarse definitivamente, ya que el Gobierno previsiblemente recurrirá la decisión que tome este Juzgado de Barcelona, que puede ser la de reconocerle el acceso a una pensión contributiva mínima del Sistema, o bien plantear una indemnización de daños por una inadecuada transposición de la Directiva al ordenamiento nacional. Desde luego, la eventual dilación no será debida al juez que, una vez más mostrando extrema diligencia, dictó, pocos días más tarde de conocer el fallo del TJUE, una sentencia en la que daba acceso, mediante la inaplicación del régimen legal a día de hoy «vigente» con carácter general.

En la Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– nº. 33 de Barcelona, *de 30 de noviembre de 2012*, optó claramente por la primera vía, la más probable y la más acertada con toda seguridad. La obligada consecuencia de la sentencia del TJUE, afirma con rotundidad, es la **«inaplicación de la disposición adicional 7.^a de la LGSS en cuanto al mayor periodo de cotización exigido»**. Más concretamente, decide privar de eficacia para el caso concreto a las reglas específicas del método de cálculo de la carencia establecidas en la regla segunda del apartado 1.º de la disposición adicional 7.^a, de cómputo de las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas y reconversión en días teóricos de cotización (división del número de horas efectivamente trabajadas por cinco, y ulterior aplicación del coeficiente multiplicador de 1,5). Como consecuencia de dicha inaplicación,

«deberán computarse como cotizados, a efectos de carencia, todos los días del periodo, de 1.11.91 a 30.10.09, en los que se produjo la cotización a tiempo parcial del 10 %, lo que determina que la demandante totalice un total de 19 años de cotización (18 a tiempo parcial, del 1.11.91 a 30.10.09, y el año restante, resultante de la

suma de 336 días de asimilación por tres partos y 41 días cotizados del 24/10/60 al 3/12/60), *suficiente para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, al exceder del periodo mínimo de quince años exigido en el art. 161 LGSS con carácter general* (13,7 años, en el caso de la demandante, por aplicación de la disposición transitoria 4.^a de la LGSS vigente en el momento del hecho causante).»

Por tanto, el carácter parcial de tal cotización tendrá su expresión y consecuencia contributiva únicamente en la base reguladora reconocida a la demandante, *de 225,87 euros mensuales*, y, por consiguiente, en la prestación que se le reconoce, consistente en *un porcentaje del 62 por 100 de la misma, del que resulta una pensión de 140,04 euros al mes*. En relación con el porcentaje reconocido, el juez pone de relieve que no tiene relevancia –orillando el principio de justicia rogada típico del proceso, aunque muy modulado en el social– que la demandante no cuestionara en su día el mínimo del 50% propuesto por el INSS en el acto del juicio, pues debe imperar el mandato legal. Este resulta del artículo 163.1 de la LGSS, en la versión vigente en la fecha del hecho causante –1 de noviembre de 2009–, y en congruencia con el criterio de cómputo totalizado de 19 años de cotización.

Como es natural, visto individualmente, una prestación tan pírrica –por no decir «miserable»– como esta no puede dejar indiferente al juzgador que, tan valientemente y en contra del claro criterio fijado por el TS –que sí entendió constitucional la reforma ya comentada del principio de proporcionalidad estricta en aras de un principio de proporcionalidad atenuada o corregida²², no quiso dejar a la actora abandonada a su –mala– «suerte» y a la penalización de la legislación, buscando amparo en un nivel superior del proceso de producción del Derecho efectiva, no solo formalmente, vigente. Pero aquí sí se pliega al principio de justicia rogada que rige con carácter general, aunque diluido, como se ha dicho más arriba, en el proceso social, y entiende que no puede condenar al INSS a pagar el complemento a mínimos –art. 50 LGSS– previsto en ciertos supuestos legalmente establecidos cuando la pensión contributiva está por debajo de un mínimo. La razón es que se trataría de una prestación diferente y que, por lo tanto, requiere de una solicitud específica de la actora al INSS y, de no reconocérsela, entonces debería acudir de nuevo al juez para que la amparara.

²² Vid. SSTS, Sala 4.^a, de 10 de julio de 2007, de 11 de junio de 2008 y de 23 de febrero de 2009, entre otras. Así, en la última referida, razona el TS que la [STC 253/2004](#), en su fundamento de derecho sexto, «*expresaba que no en vano el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en la norma cuestionada, párrafo 2 del art. 12.4 LET al introducir, como ha quedado expuesto en el F. 3 de esta Sentencia, una nueva regulación en la materia, inspirada en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social*». Una afirmación que, según el Alto Tribunal, «*implica la declaración de validez de la nueva norma que, por otra parte hemos de aplicar en tanto no fuera declarada no ajustada a la Constitución por aquel Tribunal único competente para ello*». En suma, la lucha por el Derecho no se da solo entre «los jueces» en abstracto, como Poder regulador, y el Ejecutivo, sino entre los diferentes niveles jurisdiccionales, lo que evidencia no ya solo la complejidad del proceso de producción del Derecho, sino también la funcionalidad de su carácter dialéctico.

En realidad es un aviso a navegantes. Ya le abre a la actora «la puerta de la justicia social» plena, o al menos satisfactoria, como es el acceso a una pensión contributiva mínima pero digna, no la que ahora le correspondería por su nivel de cotización. De ahí que aclare:

«Quizás convenga precisar, finalmente, que no ha sido objeto del presente procedimiento –ni podía serlo dado el objeto de la pretensión inicial– el hipotético derecho de la demandante, en su caso y una vez reconocido su derecho a la pensión contributiva de jubilación, **a la prestación no contributiva o asistencial equivalente al complemento necesario para alcanzar la cuantía mínima de la pensión de jubilación** («complemento por mínimos»), fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 50 LGSS). La presente sentencia y la del TJUE que ha resuelto la previa cuestión prejudicial atañen –exclusivamente y como ya se ha explicado– a la prestación contributiva por jubilación, mientras que tal complemento constituye **una prestación, ciertamente del Sistema de Seguridad Social, pero integrada en el nivel asistencial o no contributivo**».

4.4.2. La necesaria y urgente respuesta a la cuestión colectiva: Dialéctica sostenibilidad versus justicia

Esta última observación judicial nos sitúa de plano en el problema mayor, en el colectivo. Pues queda bien claro que el más que notorio precedente abre la vía a miles de impugnaciones que podrían colapsar, también desde esta vertiente, los ya saturados Juzgados de lo Social, por lo que la solución legal urge. Pero al tiempo se evidencia la absoluta necesidad de lograr la solución óptima, capaz de conciliar justicia social con eficiencia económica, esto es, el dichoso factor recurrente de «sostenibilidad», que vuelve a aparecer al final del recorrido de épica justicia social aquí narrado. La razón es evidente, pues como el propio juez recuerda en su sentencia, no es un caso aislado, sino que abandera una situación análoga a la que sufren miles de mujeres:

«El caso de la demandante, con pequeñas variaciones, se repite en gran parte de las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia recaídos en este materia: mujer nacida en los años 40, que se casa en los años 60 y tiene varios hijos. En los 70 (en el nuevo contexto social y político que empieza a cuestionar la exclusividad del «rol reproductivo» para el sexo femenino), ya sea por convicción o por obligación (necesidad económica) consigue un trabajo como limpiadora a tiempo parcial, que le permita compaginar su –todavía– principal dedicación (el cuidado del esposo y de los hijos, que durante un mínimo de 20 años seguirán en el hogar familiar). Teniendo en cuenta que esta mujer iniciará –o reanudará– su vida laboral ya a una cierta edad, superados o cercanos ya los 40 años, en el contexto de temporalidad y precariedad del contrato a tiempo parcial, en actividades habitualmente poco cualificadas y que requieren un buen estado físico (que dificultará su contratación a medida que avance su edad), si

encima se le exige un mayor periodo de cotización (en proporción inversa a la parcialidad de jornada), se comprenderá hasta qué punto se dificulta o imposibilita el acceso a la prestación contributiva de jubilación.»

Al margen del ilustrador retrato sociológico de la España «miserable y lúgubre» de posguerra, basada en lacerantes injusticias sociales, en especial respecto de las mujeres, es evidente que con él surge otro problema, que también hay que atender. Como hemos visto, al final del recorrido, no corto ni fácil, cierto, todas estas mujeres, o una buena parte de ellas, de aplicársele rigurosamente el sentido del fallo abierto por el juez de Barcelona, recibirían una pensión no contributiva complementada a mínimos –art. 50 LGSS–. Si desde un plano de la justicia social, y el principio de solidaridad –sistema de reparto entre generaciones– que anima nuestro modelo, ningún problema suscita el que puedan cobrar la misma pensión mínima quienes han cotizado más, a tiempo completo, pero sin poder superar los umbrales de la pensión mínima, que los que han cotizado menos, a tiempo parcial, sí queda claro desde el punto de vista de la sostenibilidad del sistema que hay que establecer una fórmula que asegurando la vertiente de solidaridad no penalice en exceso la de sostenibilidad.

Pero tampoco aquí la solución es fácil, abriéndose diferentes opciones de política del derecho en materia de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial al Legislador. Los precedentes, aquí sintéticamente recordados, no hacen augurar la solución más correcta y equitativa, pues la historia de la evolución ha sido la de una mejora lenta, gradual o progresiva, pero siempre regateando un régimen completo, coherente y justo para una forma de empleo que, sin embargo, se quiere ahora como una de las principales vías para aumentar las vergonzantes tasas oficiales de empleo. Así, el legislador, a través de una acción a incluir no solo en la Mesa del Pacto de Toledo sino también de Diálogo Social, puede hacer frente a su deber de modificación del régimen hoy aplicable y considerado discriminatorio por razones de género, tanto por el TCO cuanto por el TJUE, a través de las siguientes vías:

- a) Disminuir los periodos de carencia genérica y aplicar el principio de proporcionalidad solo en el cálculo de la base reguladora, con lo que sus efectos se producirían no en el acceso a la prestación sino en su cuantía.

Se trataría de mantener la proporcionalidad pero pasar de una doble a otra simple. Es en cierto modo el modelo francés: la pensión se calcula a partir de las horas trabajadas, pero el acceso se adquiere tras un año de tarea, siendo la cuantía dependiente del tiempo cotizado. Esta vía puede tener una vertiente general, para todos los casos, o selectiva, esto es, solo para los trabajadores a tiempo parcial, que, una vez realizado el cálculo según las reglas generales, no hayan podido cubrir los periodos de cotización o carencia exigidos en cada caso.

- b) Diferenciar más netamente el tratamiento del trabajo a tiempo parcial respecto del trabajo a tiempo completo, *remarcando su especificidad* reguladora.

También puede explorarse un sistema que no se asiente tan determinadamente en el criterio del tiempo de trabajo efectivamente prestado, sino que puede ser complementado, o bien desplazado, por otros. A este respecto, conviene advertir, siguiendo la lógica evidenciada aquí de búsqueda de la máxima coherencia del entero Sistema, que este ya ofrece ejemplos o modelos a seguir. Aunque sea el más relevante, el tiempo efectivo de trabajo no es el único criterio que tiene en cuenta nuestro Derecho de la Seguridad Social para el cómputo o cálculo del periodo de carencia que da acceso a una pensión contributiva. El problema es que tampoco ha de olvidarse la especificidad socio-económica de buena parte de estos trabajos, que están entre los más precarios del mercado, más allá de la reducción del tiempo laboral y, por tanto, de la proporcional reducción de salarios. Recurrir a parámetros tales como la «intensidad cuantitativa del esfuerzo contributivo», según se prevé ya hoy para algún sistema especial del Régimen General –sistema de artistas y toreros, por ejemplo–, no aporta gran solución real. El motivo es que no puede perderse de vista la penalización múltiple que arrastra esta forma de empleo, por lo que la habitual pobreza de salarios en este ámbito llevará a valores mínimos, antojándose una solución de ese tipo muy poco viable en la práctica.

- c) Incremento directo de los *aspectos de solidaridad* de este sistema en detrimento de los contributivos y en coherencia del actual favor hacia el empleo a tiempo parcial como forma de ocupación a incentivar para dinamizar el mercado laboral.

De nuevo las soluciones aquí son múltiples y admite una amplia creatividad. Para resolver el problema se puede mirar tanto hacia fuera, a experiencias comparadas exitosas, como hacia dentro. Así, en el primer plano, en el exterior, una solución equitativa es la que se aplica en los Países Bajos, uno de los países con más trabajo a tiempo parcial. El Estado neerlandés completa la cotización de estos trabajadores sobre la base de que la Seguridad Social es el principal mecanismo de reequilibrio de rentas, y no ya solo un gasto público a estabilizar o sostener. En el segundo plano, el interior, también podría pensarse en un incremento del actual coeficiente multiplicador, pues ciertos sistemas especiales de cotización ya cuentan con un régimen favorable de ese tipo y con saldos de mejora más netos –es el caso del sistema especial de Frutas, Hortalizas y Conservas, regulado en la Orden de 30 de mayo de 1991–.

- d) De forma complementaria a cualesquiera de esas medidas, o alternativa, plantearse de una vez por todas la cuestión de la garantía de una renta básica de ciudadanía, de carácter universal y protección mínima pero razonable para una subsistencia digna.

Siguiendo una lógica subyacente al análisis efectuado por el TJUE respecto a la naturaleza de ciertas prestaciones contributivas del Sistema, es obligado también plantearse, desde un cambio de concepto, que no estamos sino ante un caso parti-

cular de un cambio mucho más global e intenso. Nos encaminamos ya, como se dijo de inicio recordando los viejos temores de otras épocas igualmente convulsas sistémicamente como esta, hacia una «sociedad radical de riesgos» en la que una parte importante de la cobertura de aquellos ya no se puede vincular, como en la «sociedad de la seguridad del trabajo», con el mercado de este bien, porque la relación de empleo no asegura el acceso a la protección social. Una parte muy importante, y creciente, de la población (jóvenes desempleados, personas mayores prematuramente excluidas de los empleos productivos, trabajadores precarios...), quedaría fuera de la protección social y sus mecanismos de participación en la vida social si solo se condiciona su acceso al mercado de trabajo. Habría que tener en cuenta, pues, no solo el tiempo de trabajo retribuido por el mercado sino también el tiempo de trabajo que no se retribuye mercantilmente, atendiendo a un estatuto profesional de la persona global. Las virtudes de justicia social, simplicidad ordenadora del sistema –permitiría eliminar más ayudas y subsidios inútiles en su protección de lo que se cree, con el consiguiente nivel de mejora también de la eficiencia–, podrían entrar en contradicción con el coste de esta solución, lo que la hace, hoy, ante el dominio de la austeridad como dogma de fe absoluto, poco realista, pero no por ello menos racional incluso, como se decía, eficiente.

5. «CUESTIÓN INMIGRATORIA»: LA GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO Y MOVILIDAD TRANSNACIONAL. STS, SALA 4.^a, DE 18 DE OCTUBRE DE 2012

5.1. UN «NUEVO DEMONIO TOGADO»: EL «VARAPALO» JUDICIAL A LA PRETENSIÓN GUBERNAMENTAL DE DISPONIBILIDAD ABSOLUTA DEL BENEFICIARIO DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO

Si convulsa es la situación por la que atraviesa nuestro sistema de pensiones a la luz de la omnipresente y, salvo las muy contadas experiencias jurisdiccionales que osan una censura, la omnipotente austeridad, no menor es la incertidumbre que sacude el sistema de prestaciones por desempleo. Su «gasto» no hace sino crecer, al mismo ritmo que lo hace la descomunal tasa de paro, a su vez incrementada al son de los recortes presupuestarios, culminando un bucle infernal. En este contexto, no es extraño que la ministra pueda ver un nuevo «demonio» –los «demonios de Fátima»– en forma de «juez togado»

Su «gasto» no hace sino crecer, al mismo ritmo que lo hace la descomunal tasa de paro, a su vez incrementada al son de los recortes presupuestarios, culminando un bucle infernal

al que, vestido también «de negro» –pero con «puñetas blancas»–, «temer» más que a los que envía Bruselas, cuando le intenten explicar que el TS, por su poder pero «a cuenta» de la Seguridad Social, ha entendido de «justicia» cambiar su criterio y ampliar de 15 a 90 días el tiempo de desplazamiento al extranjero de todos los que perciban prestaciones por desempleo sin que por ello se extinga el derecho. En efecto, el primer impacto que tendrá en la gestión financiera de la Seguridad Social la, también muy mediática, *STS, Sala 4.ª, de 18 de octubre de 2012 (RCUD 4325/2011)*, esta sí dotada de consecuencias directas e inmediatas, a diferencia de la *STJUE de 22 de noviembre de 2012*, es que deberá abonarse más de 15.000 euros a una persona a la que, «con la letra de la ley en mano», se le denegaron por la Entidad Gestora –Servicio Público Empleo Estatal (SPEE)–.

El primer impacto que tendrá en la gestión financiera de la Seguridad Social la STS, Sala 4.ª, de 18 de octubre de 2012 es que deberá abonarse más de 15.000 euros a una persona a la que, «con la letra de la ley en mano», se le denegaron por la Entidad Gestora

Pero, de nuevo, a mi entender, un análisis más detenido de la sentencia pone de relieve que en cuestión están otras cosas ahora consideradas, desde el enfoque «*austeritarista*» de la política gubernamental en esta materia, de una forma mucho más radical que en el pasado, como es el *control absoluto de la disponibilidad del beneficiario* de prestaciones y subsidios de desempleo respecto de los servicios públicos de empleo. Debe recordarse que, junto al motivo o argumento de los recortes directos en la protección por desempleo, el *Real Decreto-Ley 20/2012*, tantas veces referido y criticado, ha multiplicado hasta la asfixia las obligaciones administrativas a cargo de tales beneficiarios tanto de comunicación de cuantas circunstancias le afecten cuanto de búsqueda activa de empleo en todo momento, so pena de perder la protección. Más aún: la nueva regulación «*pre-sume*» –no solo supone– el carácter fraudulento de su conducta a partir de un mero indicio o sospecha (art. 229 *LGSS*).

Asimismo, es un tópico del debate sobre las diversas reformas laborales y sociales bajo el estandarte que enarbola la «cruzada de austeridad» emprendida por nuestras autoridades que, entre otros muchos –como la infancia, cada vez más pobre; o las mujeres con «doble jornada», como se analizó anteriormente,...–, un colectivo de población social activa olvidado o ignorado especialmente es el de los «*trabajadores inmigrantes extracomunitarios*». Y no me refiero solo a los que están en situación irregular –excluidos, por ejemplo, de la prestación sanitaria, al no tener la condición de asegurado, conforme a la nueva regulación de retorno al empleo como vínculo preferente de acceso al sistema de prestaciones de esta guisa–, pues tiene mayor alcance. Sin perjuicio de este general proceso de debilitamiento, o de «*precarización*», social –involución desde la «*sociedad del trabajo a la sociedad del precario*»–, no parece dudoso que, bien por omisión –*Ley 3/2012*– bien por exclusión, implícita –*RDL 20/2012*– o explícita –*RDL 16/2012*–, el colectivo de personas inmigradas extra-comunitarias, que en la *realidad* de nues-

tro degradado y degradante mercado laboral ocupa el último escalón, vuelve a verse empujado por la *norma* a la invisibilidad o, de no resignarse, a la salida definitiva de «nuestro territorio» –de derechos y de fronteras–²³.

Por supuesto no tengo ninguna intención de adentrarme ni tan siquiera mínimamente en tan procelosas cuestiones, pese a su trascendencia, algunas de las cuales ya han sido tratadas en el comentario realizado en esta Revista sobre el [RDL 20/2012](#) y el resto de las normas de esta interminable saga «austeritaria». Si aquí las enuncio es porque creo que ilustran mucho más y mejor la riqueza socio-cultural, además de económica y jurídica, que encierra la decisión del TS que aquí pretendo comentar desde un concreto punto de vista, cual es su impacto de contraste, incluso de censura –siquiera velada o implícita– en la actual lógica hegemónica del ajuste presupuestario en materia de Seguridad Social. A este respecto, es útil traer a colación que, entre los datos más relevantes de la situación fáctica que conoce y resuelve la referida [STS, Sala 4.ª, de 18 de octubre de 2012](#), está el que la salida al extranjero era de un ciudadano ucraniano residente –y beneficiario de la protección por desempleo– en España, y que su salida para llevar a cabo «*cuidados a familiares con grave enfermedad*», con complicaciones en el transcurso del desplazamiento temporal a su lugar de origen, se produjo sin comunicación de ningún tipo a la Entidad Gestora. Por tanto, el trato de favor –acción positiva– que dispensa el TS a este beneficiario se hace (a) en una situación de desconocimiento absoluto del *deber de información* que pesa sobre todos los beneficiarios y (b) por un *tiempo superior* al máximo.

5.2. LA INCIDENCIA DE LA MOVILIDAD TRANSNACIONAL EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO: LA «INVENCIÓN JUDICIAL» DE UN NUEVO SUPUESTO DE «PRESTACIÓN SUSPENDIDA»

Si de la visión de conjunto y de algunas claves de la situación fáctica pasamos tanto al núcleo de la cuestión jurídica planteada como a la solución pergeñada –inventada– para lograr la «justicia del caso concreto», entonces los motivos de «alarma» para la ministra crecen de una forma exponencial. En efecto, aunque el TS disponía en el Derecho vigente de otro tipo de argumentos jurídicos para

Aunque el TS disponía en el Derecho vigente de otro tipo de argumentos jurídicos para alcanzar la misma solución favorable a la continuidad en la tutela menos gravosos tanto para la vigencia del actual entramado legislativo cuanto para el erario público, habría preferido «disparar con pólvora de rey»

²³ Reflexiona recientemente al respecto VELA DÍAZ, R.: «La reforma laboral y de protección sanitaria a la luz de la Constitución: entre la ausencia y el anonimato de la población trabajadora extranjera», comunicación presentada en las *XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Cádiz, 13 y 14 de diciembre de 2012. En especial págs. 8 y ss. del original pdf.

alcanzar la misma solución favorable a la continuidad en la tutela o protección por desempleo de la persona actora, más aquilatados y menos gravosos tanto para la vigencia del actual entramado legislativo cuanto para el erario público, habría preferido «disparar con pólvora de rey» y, apartándose de su propia reciente doctrina judicial en esta materia, multiplicar nada menos que por seis el periodo máximo que el beneficiario puede salir al extranjero sin perder –extinguirse– la prestación. Y en apoyo de ello no ha dudado en acudir a otro territorio jurídico, que ahora considera próximo del social, si bien habitualmente ha sido considerado antagónico, por basarse en fórmulas más restrictivas de derechos que las puestas por el ordenamiento laboral, como sería el «ordenamiento administrativo de extranjería».

Pero antes de analizar con algún detalle el fallo y razonamiento de esta sentencia, así como su significado y alcance de política judicial del Derecho a la Seguridad Social en la rama de prestaciones por desempleo, en claro contraste con la gubernamental de recortes y control a toda costa, conviene resumir el complejo marco regulador de la cuestión en juego. Se trata de analizar la incidencia que tiene la salida del territorio nacional de los beneficiarios de las prestaciones –contributivas o asistenciales– de desempleo en la continuidad de esta forma de tutela social. Una cuestión que, como el propio TS pone de relieve, se plantea con una mayor frecuencia ante los órganos de la jurisdicción social, lo que sin duda tiene mucho que ver con fenómenos socio-económicos y demográficos, como la mayor movilidad transnacional de las personas, la intensidad del fenómeno inmigratorio en nuestro país, antes de la crisis claro, así como el carácter global de los mercados de trabajo en el contexto europeo. Pero la actualidad de esta cuestión no está solo en los Tribunales, también en las recientes reformas impuestas y ligadas a las medidas contra el déficit público saltó al primer plano de la escena mediática, e incluso institucional –crítica formulada en este punto al Ministerio de Empleo y Seguridad Social por la Defensora del Pueblo– por el intento, posteriormente corregido, gubernamental de considerar causa de exclusión de la Renta Activa de Inserción –RAI– la salida, *por cualquier motivo y duración*, al extranjero, pues interrumpía la inscripción del beneficiario potencial como demandante de empleo.

Desde luego tampoco vamos a centrarnos en este aspecto aquí, ya tratado en otro lugar, pero sí merece la pena recordar, por ser estrictamente funcional al enfoque global que preside este estudio, que esa infortunada regulación, a través de la reforma del Real Decreto 1369/2006 por el aciago [Real Decreto-Ley 20/2012](#), dio lugar a una *queja ante la Comisión Europea* de varios diputados en este ámbito que estimaron que se violaba la normativa comunitaria vigente relativa a la libertad de desplazamientos. La previsión inicial prohibitiva de cualquier salida al extranjero si se quería percibir la RAI no solo dificultaba la reinserción laboral sino que obstaculizaba muy claramente la movilidad transfronteriza de las personas. Consciente la Entidad Gestora de la prestación –SPEE– de este problema quiso ponerle remedio.

Pero incurrió en un segundo mal que ha sido referido aquí por ser un vicio recurrente del «ordenamiento de Seguridad Social», el irresistible gusto por las «normas de subsuelo administrativo». Así, mediante una *Instrucción del SPEE* se hacía decir a la norma reglamentaria lo

Pero incurrió en un segundo mal que ha sido referido aquí por ser un vicio recurrente del «ordenamiento de Seguridad Social», el irresistible gusto por las «normas de subsuelo administrativo» mediante una Instrucción del SPEE

que ni su letra, ni su espíritu, decían, con lo que fijaba «excepciones» por las que sí se podía cobrar la RAI pese a esa salida transnacional. No obstante este ejercicio de «buena voluntad» administrativa, como «lo que no puede ser no puede ser, y además resulta imposible», según le hizo ver, con gran corrección técnica y diplomática, la Defensora del Pueblo al ministerio, finalmente será el Gobierno el que trate

–se repite la historia que ya vimos con el origen de la regla de la doble proporcionalidad– de «zanjar» de una vez por todas este tema dando el rango normativo adecuado a la solución más coherente con el ordenamiento. Aunque, por supuesto, incurriendo en un nuevo –tercer– vicio de técnica legislativa, ahora el conocido y también muy célebre por estos lares, de la «des-localización» reguladora, pues la «enmienda» se introduce en una norma que nada tiene que ver con esa materia²⁴.

Volviendo al tema específico que, dentro de este marco regulador general, resuelve –o más bien disuelve– la [STS, Sala 4.ª, de 18 de octubre de 2012](#), esta constata no ya solo la complejidad del marco normativo, integrado por normas legales y reglamentarias, sino también la amplia gama de «factores de diversidad fáctica» que tienen relevancia jurídica en la solución de esta tipología de problemas. Los principales identificados por la jurisprudencia son:

- a) *Factor temporal*: la duración de la ausencia del territorio español mientras se tiene o mantiene la condición de beneficiario de la prestación por desempleo (juicio de necesidad de la ausencia para atender fines legítimos del beneficiario).
- b) *Factor formal*: la comunicación o no de la salida al extranjero a la entidad gestora de la protección por desempleo (imperativo de buena fe del beneficiario).
- c) *Factor de razonabilidad*: la concurrencia o no de circunstancias que hagan gravosa o que imposibiliten el cumplimiento estricto de los dos factores anteriores –límite temporal legítimo o justificado y deberes de información legalmente previstos–, de modo que permitan eximir de tal cumplimiento o modularlo de forma equitativa a favor del beneficiario (juicio de proporcionalidad en sentido estricto o del grado de exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones legales).

²⁴ Se trata del [Real Decreto 1484/2012](#), de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos. Un análisis detenido de estas vicisitudes, azares y tribulaciones del requisito de la no interrupción de la cualidad de demandante de empleo mediante la continuidad de la inscripción a tal fin en mi comentario del [Real Decreto-Ley 20/2012](#) en la *RTSS. CEF, mes de noviembre, número 356*.

Como se dirá, aunque de modo sucinto, hubiese bastado al TS atender a este tercer factor para alcanzar el mismo fallo, sin necesidad de causar un seísmo en su jurisprudencia más reciente –SSTS, Sala 4.^a, de 22 de noviembre de 2011 (RCUD 4065/2010) y 17 de enero de 2012 (RCUD 2446/2011)–, que rectifica. Pero el TS ha decidido ir más allá y censurar directamente el rigor del periodo fijado por la norma escrita para salidas al extranjero, al concurrir razones para él muy justificadas –atención a obligaciones propias del derecho humano a atender a parientes muy próximos con enfermedades graves–. En su sustitución, fija uno más comprensivo con las razones personales del beneficiario. Naturalmente, para ello, acudirá a un expediente técnico previsto en el sistema jurídico que le habilite a realizar tal crítica y sustituir el criterio textual legislativo por su criterio más «espiritual». Este expediente técnico habilitador para crear una norma diversa a la regla enunciada por el texto legal es el de la «integración de lagunas». Cierto, para integrar una laguna primero hay que «localizarla» y/o «crearla».

Tras hacer un exhaustivo repaso del marco regulador en sus estratos de mayor rango, –arts. 203, 213 g) y 231.1 LGSS–, apenas se detiene en la norma reglamentaria que realmente resuelve la cuestión interpretativa, otra cosa es que guste más o menos la solución por restrictiva de la movilidad transnacional del beneficiario. El artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985,

en la versión dada por una modificación de 2006 (RD 200/2006), al que remite el artículo 213 g) de la LGSS –será causa de extinción de la prestación «*el traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen*»–, fija entre las excepciones –además de las vinculadas a la movilidad del beneficiario en un mercado laboral transnacional: búsqueda de empleo, realización de trabajo o perfeccionamiento profesional por tiempo inferior a 12 meses–, «*la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año*». En este caso la prestación ni se suspende ni se extingue sino que se mantiene, eso sí, respetando el beneficiario el deber de comunicar la salida a la Entidad Gestora a efectos de control de disponibilidad en el mercado nacional, según el reforzadísimo artículo 231.1 de la LGSS.

Consustancial a este recurso, que es de «unificación de doctrina judicial», es la también referida pluralidad de interpretaciones de los mismos textos legales. Para la Sala de lo Social del TSJ de Madrid –Sentencia de 15 de noviembre de 2011, revocadora a su vez de la decisión a favor del ciudadano ucraniano que regresa a su país para cuidar de su padre muy enfermo sin dar información a las entidades gestoras y por una semana más del máximo legal– se consideró contraria a ampliar el periodo legal. En cambio, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León sí lo hizo y descartó el efecto extintivo de la prestación pese a haber desbordado ampliamente el plazo legal –la ausencia fue de mes y medio (desde el 4 de diciembre de 2006 hasta el 14 de enero de 2007, esto es, todas las «navidades a la española»)–. En esta pugna, en este «cruce de espadas» interpretativas, el TS no solo «ve» el plazo adicional de la última Sala referida sino

Hubiese bastado al TS atender al factor de razonabilidad para alcanzar el mismo fallo, sin necesidad de causar un seísmo en su jurisprudencia más reciente

que «dobla la apuesta» de flexibilidad y comprensión para con el beneficiario de la prestación por desempleo, pasando de los 15 días del artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985 a los 90 del artículo 31.1 de la Ley Orgánica 4/2000 (Extranjería) o del citado artículo 64.1 c) del Reglamento Comunitario.

Tampoco vamos a entrar aquí de lleno en el proceloso razonamiento técnico, en parte muy sugerente y digno de un estudio más detenido de teoría general del derecho –que aquí no se hará–, y en parte artificioso, inventado para la ocasión, que lleva a la STS, Sala 4.ª, de 18 de octubre de 2012 a «ver» un «vacío de regulación» allí donde unos meses antes ni su STS de 22 de noviembre de 2011 ni la de 17 de enero de 2012 la vieron, de acuerdo con las cuales: «... si la norma reglamentaria dice que no es traslado de residencia la salida por tiempo inferior a quince días, se puede entender que sí lo es, según la propia norma reglamentaria, el desplazamiento superior a ese periodo».

Pero ahora el TS, al menos la Sección 2.ª de su Sala de lo Social, considera que tal posición es demasiado elemental, basada en argumentos de pura «lógica abstracta» (argumento «*inclusio unius, exclusio alterius*» o «argumento sensu contrario»), que no respondería al primado de otros criterios interpretativos como los «sistemáticos» –visión ordinal de la norma– y los «telológicos» –primado de las lecturas conforme a los principios que inspiran la regulación–. En consecuencia, no sin «quitar hierro» al asunto de la rectificación, por cuanto que los anteriores fallos no variarían, al ser casos claros de extinción –las ausencias son superiores a 90 días–, ahora afirma que cualquier salida al extranjero que no implique traslado de residencia temporal –los 90 días máximo previstos en el referido art. 31 LO de «Extranjería»–, debe considerarse como «prestación suspendida». Al caso reglamentario de prestación «mantenida» –salida por tiempo inferior a 15 días comunicada previamente– y los legales de prestación «extinguida» –traslado de residencia por más de 90 días– y «suspendida» –búsqueda o realización de trabajo–, la doctrina de unificación crea una categoría general de prestaciones suspendidas:

«... en todos los... supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo» –FJ 6.º–.

Fijada esta doctrina general, para el caso concreto, el que no hubiese comunicación de la salida no merece reproche alguno en el supuesto, porque además de estar justificada la salida «por razones familiares en principio atendibles», la estancia en el extranjero «fue breve, con regreso a España... a las tres semanas de haberse

La comprensión, generosidad y flexibilidad de la Sección 2.ª de la Sala de lo Social será el mejor «regalo de Navidad» que podría tener este ciudadano ucraniano

ausentado, por lo que no concurre en el caso la circunstancia de "traslado de residencia", generadora de extinción de la prestación...». Por lo tanto, «el gozo en un pozo» de la Entidad Gestora, que había extinguido la prestación, y dejado de abonarla en el periodo posterior al regreso –desde el 25 de agosto de 2008 hasta el 30 de enero de 2010– y ahorrado a la Caja de la Seguridad Social, en esta rama de prestaciones, más de 15.000 euros, como se dijo. La comprensión, generosidad y flexibilidad de la Sección 2.^a de la Sala de lo Social será, pues, el mejor «regalo de Navidad» que podría tener este ciudadano ucraniano que súbito abandonó nuestro país para atender superiores deberes de cuidado familiar.

5.3. «CRÍTICA INTERNA» A LA «POSICIÓN DE CENSURA JUDICIAL» DEL RÉGIMEN LEGAL: ¿DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O ACCIÓN POSITIVA?

Menos comprensiva se ha mostrado, sin embargo, una Magistrada de esa Sección, que ha establecido, a través de la técnica del voto particular, una fuerte «crítica interna» a la censura que de la norma hacen, según su criterio, en algún aspecto muy defendible en otros no, sus compañeros de sección. Como expone con claridad meridiana, el vacío de regulación que dice registrar la Sala no es sino la forma de

Una Magistrada ha establecido que la extensión temporal creada artificialmente por la Sentencia al margen de esa regla reglamentaria constituiría una «fuente de discriminación indirecta» en perjuicio de los españoles

enmascarar un radical *«desacuerdo de la Sala con el plazo de quince días... porque se considera excesiva la brevedad del mismo respecto de la noción de residencia...»*. En consecuencia, la decisión de la mayoría no sería respetuosa con el vigente sistema de fuentes del ordenamiento de Seguridad Social y ello básicamente por dos motivos, uno de ilegalidad ordinaria y otro de ilegalidad constitucional:

- a) La ampliación del plazo de 15 a 90 días, mediante el recurso artificioso a un concepto de residencia «público-administrativo» que desplaza el que sería propio, el «concepto civil», supone una *«invasión del ámbito competencial reglamentario»* –lucha entre poderes reguladores–, sin que haya justificación legal o comunitaria que la legitime.
- b) La extensión temporal creada artificialmente por la Sentencia al margen de esa regla reglamentaria constituiría una *«fuente de discriminación indirecta»* en perjuicio de los españoles, quienes «en su mayoría no disponen de una infraestructura familiar y económica en otro país que les permita sustraerse caprichosamente a los deberes que el artículo 231 de la LGSS y normas concordantes imponen a los perceptores de la prestación de desempleo» (argumento de ilegalidad constitucional).

Si discutible, aunque muy sugerente para el debate jurídico sobre el encuadramiento del Derecho de la Seguridad Social y sus referentes conceptuales y sistemáticos para integrar sus muchas lagunas –exista o no, como me inclino a creer, en este caso– y contradicciones, es el argumento conceptual que se emplea en este voto particular, extremadamente relevante es, una vez más, la llamada al juicio de constitucionalidad –sin prescindir del comunitario, pues también hay referencias a él en el voto particular, de signo contrario al voto mayoritario claro–. La Magistrada es consciente, y esto es lo que aquí más me interesa en este momento, que no se puede hacer ningún análisis de interpretación de la legalidad ordinaria sin recabar en los efectos que pueda tener la decisión en el plano de los derechos fundamentales. Un relevante punto de convergencia más con la experiencia jurídico-jurisdiccional anteriormente comentada en este estudio y que evidencia la capacidad innovadora que ese enfoque tiene en cualquier materia jurídica, por tanto laboral y de protección social.

Ahora bien, como «*donde las dan, las deben tomar*», es también oportuno atender, como ya se hizo en un apartado precedente de este análisis, a la diversidad de enfoques que integra esa perspectiva, también desde la «diversidad socio-cultural» que esos derechos protege. Pues el argumento relacional entre la protección de los ciudadanos inmigrantes extranjeros y la de los españoles puede invertirse, girarse, y plantear que, como se analizó respecto del trabajo a tiempo parcial de las mujeres, esta ampliación del plazo de salida al extranjero, que facilita la movilidad transnacional, es una *acción positiva o de favor* para los primeros, pues parece claro que, estadísticamente, son ellos los que tendrán que salir con más frecuencia y con mayor plazo al extranjero para atender, entre otras responsabilidades, sus obligaciones familiares. En el caso de los españoles, la dimensión de esas razones se suele agotar, en la mayor parte de los casos, aunque no todos, en el territorio nacional, de modo que en los supuestos en que sí se produzca para los nacionales ese desbordamiento transnacional de responsabilidades será de aplicación la doctrina judicial, pues tiene un carácter general. Un tema, a mi juicio, básico, incluso fascinante, que no es posible analizar con más detalle aquí, bastando con dejarlo, como ahora se hace, planteado.

Esta ampliación del plazo de salida al extranjero, que facilita la movilidad transnacional, es una acción positiva o de favor para los inmigrantes extranjeros pues parece claro que, estadísticamente, son ellos los que tendrán que salir con más frecuencia y con mayor plazo al extranjero para atender, entre otras responsabilidades, sus obligaciones familiares

5.4. LA RECEPCIÓN REGLAMENTARIA DEL NUEVO CRITERIO JUDICIAL: EL ARTÍCULO 10.2 DEL REAL DECRETO 1716/2012, DE 28 DE DICIEMBRE

Sorprendentemente, al menos en relación a la tradición más consolidada en este ámbito de permanente lucha por la última palabra en la producción del Derecho de la Seguridad Social, el

Ejecutivo no ha reaccionado corrigiendo la doctrina judicial, al menos hasta este momento. Al contrario, prácticamente en la primera ocasión que ha tenido para enfrentarse a la situación lo ha hecho en sentido adherente al criterio judicial, incluso antes de que este se convierta, en su caso, en auténtica jurisprudencia –reiteración del criterio–. Así ha sucedido con el artículo 10.2 del [Real Decreto 1716/2012](#), de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la [Ley 27/2011](#), de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social –norma legal que, por otro lado, padece al mismo tiempo nuevas suspensiones de sus reglas, como las relativas a la jubilación anticipada y parcial, a raíz del [Real Decreto-Ley 29/2012](#), que reactualiza, de nuevo en regresión al peor de los pasados en el plano de la técnica jurídica, las célebres y pésimas «leyes escoba» o «leyes de acompañamiento»–. En ese precepto reglamentario se establece como condición o presupuesto para acceder a los complementos para pensiones contributivas inferiores a la mínima –hemos visto un ejemplo al analizar la doctrina judicial que ha arrumbado el sistema legal de cotización de los trabajadores a tiempo parcial– «la residencia en el territorio español», siempre en el marco de la legislación internacional aplicable –en especial el referido Reglamento comunitario–.

Pues bien, conforme al apartado 2 del artículo 10 del [Real Decreto 1716/2012](#), se entenderá que el beneficiario de la pensión tiene su residencia habitual en territorio español siempre que:

- a) *«... sus estancias en el extranjero sean iguales o inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural».*
- b) *«o estén motivadas por causas de enfermedad del beneficiario, debidamente justificada mediante el correspondiente certificado médico».*

De lo contrario, según su artículo 10.3, se perderá ese derecho a complementos por mínimos, «salvo que el interesado pueda acreditar por otros medios que su residencia habitual se encuentra en España». A tales efectos, y aquí también hay cierta influencia de la sentencia referida, en especial la atención que presta a las circunstancias familiares, se afirma expresamente que para la prueba que se exige de residencia habitual en España pese, incluso, a estancias superiores a 90 días:

«... podrá tenerse en cuenta la situación familiar, la existencia de motivos profesionales que le obliguen a desplazarse con tanta frecuencia, el hecho de disponer en España de un empleo estable o su intención de tenerlo».

Aunque este precepto plantea múltiples cuestiones de interés que aquí no podemos ver o analizar –por ejemplo, la benevolencia que muestra con quienes tengan empleo o la mera intención de tenerlo, lo que refleja la política actual y futura de permitir compatibilizar las pensiones, incluida la de jubilación, con el empleo–, aquí solo nos interesa poner de relieve

cómo asume, honesto es reconocerlo, una dimensión claramente garantista²⁵, en contraste con la práctica totalidad de las medidas precedentes y posteriores en materia de Seguridad Social. Precisamente, se adopta este enfoque en relación con una materia que arroja muchas sombras de corrección técnica y sin perjuicio, eso sí, de revelarse más favorable a la movilidad de personas, gran libertad social pero, sobre todo económica, que subyace a la política del derecho reflejada en esta norma. En todo caso, es evidente que no será la última palabra tampoco en este ámbito. La invención judicial de un nuevo supuesto de suspensión de la prestación por desempleo en los casos aquí analizados resuelve un problema individual, cierto, pero genera graves incoherencias en el ordenamiento social, que exigen una revisión más global de la regulación.

Así, por ejemplo, es muy llamativo el olvido por parte del TS del impacto que su doctrina tendrá en el modo de entender el procedimiento previsto para constatar la infracción o incumplimiento, y en su caso, la sanción a imponer, cuya previsión sustantiva está en el artículo 232 de la LGSS que, a su vez, remite al TRLISOS, por tanto, a norma sancionadora en sentido estricto. Concretamente, el precepto en juego es el artículo 25.3 del TRLISOS, que considera infracción muy grave:

«No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación».

Igualmente es de aplicación el artículo 47.1 b) del TRLISOS, relativo a las sanciones a imponer a los trabajadores, que dispone que las infracciones graves tipificadas en el artículo 25 se sancionan:

«con pérdida de la prestación o pensión durante un periodo de tres meses, salvo las de sus números 2 y 3, respectivamente, en las prestaciones por incapacidad temporal y en las prestaciones y subsidios por desempleo, así como en la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, en las que la sanción será de extinción de la prestación».

²⁵ Como contrasta esta apertura reglamentaria a «razones personales», no solo profesionales, con la restrictiva práctica del SPEE respecto de la aplicación de esta causa de extinción, sea en lo que concierne al modo de entender el concepto de residencia como, lo que es peor, en relación con la dinámica aplicativa de la sanción de extinción por incumplimiento de la comunicación del hecho que motiva el incumplimiento del plazo, haciéndola operar de modo automático. Así, como expresa en una respuesta a consultas formuladas antes de la reforma del Real Decreto 625/1985 por el Real Decreto 200/2006 (que implica que la respuesta dada solo cambiaría respecto del plazo máximo de 15 días, que se estableció en ese momento), su Subdirección General de Prestaciones entendió que *«la extinción del derecho por el traslado al extranjero que no tenga su causa en la realización de un trabajo o perfeccionamiento profesional no requiere que la ausencia de nuestro país tenga una duración determinada, toda vez que por sí misma supone una desafectación de la disposición del interesado ante los servicios públicos de empleo»*.

Al margen de la solución que se dé a esta nueva tensión entre cuerpos normativos, para lo que tampoco hay una respuesta única, lo cierto es que el TS no debió ignorar este efecto. En suma, es evidente por todo ello que será preciso o una integración jurisprudencial de la situación o una reforma específica legislativa y/o reglamentaria. Por lo que una acción llevará a otra reacción y así en un proceso cíclico sin final, pero no vicioso sino fisiológico, si bien planteado y resuelto, claro. En todo caso, aquí interesa poner de relieve el éxito de la acción judicial que ha logrado no solo cambiar en sentido tuitivo el texto de la norma reglamentaria, sino conmover el espíritu del Ejecutivo, que ha adoptado, en este punto, y el «día de los Santos Inocentes», una posición de concesión de derechos y no ya, como viene siendo habitual, de duros recortes.

6. REFLEXIÓN FINAL: ¿«JUSTICIA SOCIAL» O «JUSTICIALISMO DE OCASIÓN»?

Creo que ha llegado el momento final del relato construido sobre estas formidables dos experiencias judiciales que, en un momento de intensa austeridad impuesta, de hegemonía asfixiante de las «leyes de eficiencia» y de «equilibrio presupuestario», evidencian que tienen los jueces mucho margen para reescribir una parte del relato jurídico que, a su vez, ofrecen las Leyes «nacionales» y sus autores. No he regateado críticas en el plano técnico-jurídico a ambas, pues la [STS de 18 de octubre de 2012](#) adolece de un exceso de artificiosidad en la comprensión del marco conceptual que ha de servirle para alcanzar la solución que cree justa al caso concreto, y la [STJUE de 22 de noviembre de 2012](#) adolece en buena medida de lo contrario, de un defecto de argumentación que dificulta la identificación del sentido práctico de su decisión. Desde esta perspectiva, meramente técnico-jurídica, las sombras emergen por encima de las luces. Si una peca de exceso de construcción, de modo que crea artificialmente un vacío de regulación para dar una solución diferente a la reglamentaria, que le parece injusta para el caso, la otra peca de lo contrario, de un exceso de laconismo, de modo que no aporta caminos útiles para hacer frente a tamaño problema como es determinar un sistema no discriminatorio de cómputo de los periodos de carencia para trabajos a tiempo parcial de baja duración y escasos salarios.

Desde esta perspectiva, meramente técnico-jurídica, las sombras emergen por encima de las luces. Si una peca de exceso de construcción, la otra de un exceso de laconismo, pero sus fallos son de una extremada corrección, desde un planteamiento de política jurídica de la Seguridad Social

Pero las soluciones a las que llega, sus fallos, son de una extremada corrección, por lo que desde un planteamiento de política jurídica de la Seguridad Social, merecen una valoración muy positiva, aunque es de esperar que su consolidación, que aquí auspiciamos, como práctica jurídica en cada una de las ramas prestacionales a las que refiere, pase por mejores esfuerzos de argumentación, de «armazón» conceptual y jurídica. Ese «rearme jurídico» debe hacerse no desde el «justicialismo de

ocasión», desde la necesidad de una «justicia del caso concreto», incluso desde la «equidad», que en gran medida están presentes en ambas decisiones –mucho más en la del TS que en la del TJUE–, sino desde una visión global y axiológica del Derecho, que atienda convenientemente a la cláusula social tanto del Estado Constitucional como del Estado Comunitario de Derecho Social.

Por eso, es importante que no solo se mejore el razonamiento, sino que cuenten los Tribunales en esta labor con un trabajo tan sólido como fundado de la «doctrina científica». Quizás nunca se hizo más necesario, conveniente o útil este diálogo entre ambas doctrinas, la judicial y la científica. El reto no es solo fascinante en el plano intelectual, sino una necesidad social, una demanda de la ciudadanía laboriosa, hoy urgida de respuestas tan justas como serias.

Es importante que no solo se mejore el razonamiento, sino que cuenten los Tribunales en esta labor con un trabajo tan sólido como fundado de la «doctrina científica»

Hay que reconocerle a los Tribunales, pese a su mayor o menor acierto, el gran arrojo de dar una «lucha por el Estado Constitucional de Derecho», sin que se agote en el nivel nacional, sino buscando principios de civilización jurídica. La actualidad está plagada de esta «rebelión» judicial contra una reinterpretación unilateral y re-mercantilista del Estado Social –en materia de desahucios, por ejemplo...–. Por supuesto que esa reacción no puede identificarse ni con intereses espurios ni tampoco con inmovilismo, pues ninguna defensa numantina es útil –la historia es clara al respecto–, sino que se necesita, como le gusta decir a la UE, una «defensa inteligente» del Estado Constitucional de Derecho y su modelo social, para cuya identificación sigue siendo clave «el modelo social comunitario» normativizado. Veremos el recorrido de este

Veremos el recorrido de este nuevo «juego de tronos», el de las razones de las personas y el de las razones de los mercados

nuevo «juego de tronos», el de las razones de las personas y el de las razones de los mercados. De momento, respecto de la STS, Sala 4.^a, de 18 de octubre de 2012, el resultado parece exitoso, al haber recibido ese criterio la potestad reglamentaria. En cambio, para el fuerte envite del juez de lo Social n.º 33 de Barcelona, con el apoyo –«ejército aliado»– del TJUE, la solución está escribiéndose en estos momentos en las «oficinas» del ministerio, por lo que a no tardar mucho veremos, tras el correspondiente paso –o no–, por el Parlamento, la solución, que me temo no será tan favorable ante la mirada siempre amenazante de los «hombres de negro». Pero tampoco será, frente a ella, la última palabra de «los jueces».