

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE EN MATERIA LABORAL:

Últimas novedades

Francisco José Gualda Alcalá.
Director Gabinete Estudios Jurídicos CCOO
Profesor Asociado Derecho del Trabajo. Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Derecho de vacaciones.

- 1. Derecho a la retribución de las vacaciones: La doctrina de la STJUE 22 mayo 2014, Asunto C-539/12 (Lock vs. British Gas).*
- 2. Generación del derecho a vacaciones y fallecimiento del trabajador. Doctrina de la STJUE 12 junio 2014, Asunto C-118/13 (K+K).*

II. Pensión de viudedad y pareja del mismo sexo.

- 1. La doctrina de la STJUE 12 diciembre 2013, Asunto C-267/12, (Frederic Hay vs. Credit Agricole).*
- 2. La doctrina negativa del Tribunal Constitucional: STC 92/2014, de 10 junio.*

III. Sucesión de empresa y convenio colectivo en ultra actividad.

- 1. Sentencia TJUE de 11 Septiembre 2014, Asunto C-328/13: Las condiciones fijadas en un convenio colectivo que se encuentra en ultraactividad en el momento de la transmisión, deben mantenerse con posterioridad a la sucesión.*
- 2. ¿Un criterio para abordar los problemas de la ultraactividad?*

- IV. *Despido colectivo y factores discriminatorios. STJUE 6 Diciembre 2012, Asunto C-152/11 (Baxter). Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación.*
- V. *Garantías laborales en caso de subcontratas en otro estado. La incorporación del Dumping social como objetivo comunitario: STJUE 18 Septiembre 2014, Asunto C-549/13 (Bundesdruckerei).*
- VI. *De nuevo la protección social de los contratos a tiempo parcial: El criterio de integración de lagunas ¿es discriminatorio?*
1. *La inminente doctrina del TJUE.*
 2. *La posición del Tribunal Supremo: Discriminación por razón de sexo.*
 3. *La posición del Tribunal Constitucional: No estamos ante una norma arbitraria.*

Resumen:

El objeto de este estudio es poner en evidencia el alcance que presenta para nuestro sistema de relaciones laborales, la doctrina más reciente que viene elaborando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia socio laboral. Se trata de destacar los aspectos que inciden de forma directa en la forma de resolver los conflictos laborales, y por tanto, de como esta doctrina ha de ser aplicada por el conjunto de operadores jurídicos, y en particular, por los órganos del orden jurisdiccional social, pues implica una concreción de la legislación europea susceptible de generar consecuencias en nuestro marco de obligaciones y derechos derivados del contrato de trabajo, o en el sistema de protección social.

Esta perspectiva nos permite comprender el particular “diálogo” que mantiene nuestra jurisdicción y nuestro Tribunal de Garantías con la jurisdicción europea, y comprender así, hasta qué punto el estudio y análisis de la doctrina del TJUE se configura como un verdadero revulsivo en el planteamiento que se viene haciendo de numerosas instituciones laborales.

Presentación¹:

El objeto de este estudio es poner en evidencia el alcance que presenta para nuestro sistema de relaciones laborales, la doctrina que viene elaborando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia socio laboral. Se trata de destacar los aspectos que inciden de forma directa en la forma de resolver los conflictos laborales, y por tanto, de como esta doctrina ha de ser aplicada por el conjunto de operadores jurídicos, y en particular, por los órganos del orden jurisdiccional social, pues implica una concreción de la legislación europea susceptible de generar consecuencias en nuestro marco de obligaciones y derechos derivados del contrato de trabajo, o en el sistema de protección social. Como se pondrá en evidencia, se trata de una variedad de materias que no tienen una unidad sistemática propia más allá de la conexión temporal entre los asuntos resueltos por dicho Tribunal, pero que nos permite identificar, con criterio selectivo, al menos cinco grupos de materias sobre las que la doctrina del TJUE ha fijado unos criterios que suponen, en mayor o menor medida, la necesidad de adaptar la forma en que se vienen interpretando y aplicando respectivas instituciones laborales o del marco de la protección social.

Dada la posición que ocupa la legislación europea, y sobre todo, la posición del TJUE en relación con su interpretación, estamos ante unos criterios que se imponen a la doctrina que pudieran venir aplicando los distintos órganos jurisdiccionales nacionales, incluido el TS, y, en todo caso, fijan un criterio de interpretación que habrá de ser necesario tomar en consideración a la hora de resolver los conflictos laborales.

Precisamente, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de respetar la doctrina establecida por el TJUE a la hora de resolver las cuestiones prejudiciales, tanto por las autoridades administrativas, como por los órganos judiciales, incluso en el caso de que supongan dejar de aplicar una Ley nacional que no esté formalmente derogada, como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, dota de efectividad a la primacía del derecho comunitario mediante la capacidad de los órganos judiciales de hacer prevalecer dicha interpretación del TJUE frente a la que pueda derivarse de la doctrina judicial.

¹ Este estudio recoge la ponencia presentada por el autor en las Jornadas de Estudio organizadas por CCOO-Pais Valencia y el Consejo General del Poder Judicial, en Alicante, los días 23-24 Octubre 2014 con el tema: "PUNTOS CRITICOS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN NUESTRO SISTEMA DE RELACIONES LABORALES".

Advertimos que se trata de una selección de materias, y con ello no queremos agotar todos los supuestos en los que el TJUE ha fijado un pronunciamiento relevante susceptible de aplicación práctica. Igualmente, desde el punto de vista metodológico, hemos prescindido del análisis sistemático de las distintas instituciones implicadas, para centrarnos directamente en la materia objeto de controversia, así como en la repercusión de que esta doctrina debería tener en la propia configuración de las instituciones afectadas. Dado que el objetivo prioritario es hacer accesible las implicaciones prácticas de esta doctrina, en el análisis de cada supuesto, haremos referencia a los aspectos del conflicto que nos parecen relevantes para comprender el alcance práctico de la doctrina. Igualmente haremos alusión al impacto de los criterios fijados por el TJUE en la forma en que, hasta el momento, se venían aplicando tales materias, lo que nos obligará igualmente a hacer alusiones a la posición que ante problemas similares, mantienen los tribunales españoles de referencia, como son el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. También hemos prescindido de referencias bibliográficas en toda la diversidad de materias que se tratan, para centrarnos directamente en el análisis de la doctrina judicial, a fin de ajustarnos estrictamente al objetivo de este estudio.

Esta perspectiva nos permite comprender el particular “diálogo” que mantiene nuestra jurisdicción y nuestro Tribunal de Garantías con la jurisdicción europea, y comprender así, hasta qué punto el estudio y análisis de la doctrina del TJUE se configura como un verdadero revulsivo en el planteamiento que se viene haciendo de numerosas instituciones laborales. También nos sirve para poner en evidencia el alcance sustantivo que presentan numerosos derechos fundamentales proclamados por la Constitución, pero respecto de los cuales, la conformación del contenido viene determinado por la doctrina, no sólo del TJUE, sino de las instituciones interpretativas de la legislación internacional que igualmente acoge tales derechos fundamentales.

Existen igualmente toda una serie de materias que están a la espera de diversas decisiones ante el TJUE, de entre las cuales destacaremos la relativa a la integración de lagunas en los contratos a tiempo parcial, dada la disparidad de criterios entre el TC y el TS, y la previsible e inminente decisión del TJUE para resolver la polémica que afecta a las bases sobre las que se asienta la protección social de un colectivo netamente femenino.

Además, quedan otros pronunciamientos del TJUE a instancia de cuestiones prejudiciales formuladas por órganos judiciales españoles de notable relevancia, como sucede con los criterios fijados para el cómputo de la jornada de trabajo cuando el trabajador tiene que hacer desplazamientos desde su domicilio a distintos lugares indicados por la empresa, sin incorporar un centro de trabajo base, lo que puede incidir en materia de jornada y salario de

numerosos sectores. O la polémica sobre la compatibilidad de la ordenación de las tasas judiciales en el ámbito social y su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial del colectivo de trabajadores y beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social. Materias, éstas y otras que nos obligan a una permanente actualización de la doctrina que elabora el TJUE, como tribunal laboral.

I. Derecho de vacaciones.

Damos cuenta de dos pronunciamientos del TJUE de 2014, que se han venido a pronunciar sobre el contenido efectivo del derecho a la retribución del período de vacaciones. En un caso, con una incidencia muy general y que supone una verdadera reconsideración de la doctrina jurisprudencial fijada por el TS, que cabe entender que obligará a revisar no sólo los criterios judiciales, sino el papel de la negociación colectiva a la hora de poder disponer de los conceptos que integran la retribución del período vacacional.

Otra doctrina hace referencia a la naturaleza que presenta el derecho a esa retribución y los problemas que plantean las circunstancias por las que el contrato no se encuentra vigente cuando llega el momento de disfrutar las vacaciones, lo que se resuelve para el caso del fallecimiento. Precisamente, a instancia de la doctrina del TJUE se ha asumido por la legislación un planteamiento garantista para la efectividad del derecho en relación con otras circunstancias que impiden el disfrute efectivo de las vacaciones, como la incapacidad temporal, o el disfrute de medidas de conciliación.

1. Derecho a la retribución de las vacaciones: La doctrina de la STJUE 22 mayo 2014, Asunto C-539/12 (*Lock vs. British Gas*).

1.1 La doctrina del TJUE.

Se trata de un supuesto en el que el salario consta integrado por una partida de salario base y una comisión por ventas realizadas por el trabajador, que se liquidan en meses sucesivos y representa el 60% del salario ordinario. Durante las vacaciones se pagan las comisiones del promedio de los últimos 3 meses, según la legislación inglesa, pero durante las vacaciones no hay ventas y ello influye en la retribución de los meses siguiente.

Sobre esta base se formula la cuestión prejudicial que tiene que resolver el TJUE, que va a analizar el alcance del art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, de Ordenación de determinados aspectos del tiempo de trabajo (Derecho a

vacaciones anuales retribuidas), configurado por la doctrina del TJUE como un principio del Derecho Social de la Unión Europea de especial importancia. Según la doctrina de dicho Tribunal, no caben excepciones a la aplicación de este principio, y sus límites son los fijados expresamente por la Directiva. Además tiene fundamento en el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico de los Tratados según el art. 6 TUE

En su aplicación práctica, se opone a disposiciones o prácticas nacionales que en un caso de **salario base** y una **comisión según ventas** obtenidas por el trabajador, la retribución de las vacaciones sólo comprende el salario base.

Parte de considerar que el objetivo de la retribución de las vacaciones es colocar al trabajador en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo.

La falta de realización de la actividad laboral impide generar derecho a comisiones, y ello determina que el trabajador puede ser disuadido de disfrutarlas debido a la “desventaja financiera diferida”, pero cierta.

Los métodos de **cálculo** de la retribución de las vacaciones deben apreciarse por el juez nacional sobre la base de las normas y criterios enunciados por el **TJUE** y a la luz de los **objetivos** perseguidos por el art. 7 de la Directiva 2003/88, que se traducen en los siguientes criterios para establecer y valorar la legalidad de dicho sistema de cálculo:

- Es preciso, como finalidad del sistema, mantener la retribución normal del trabajador (Asunto C-155/10).
- Debe comprender todos los componentes de la retribución global inherentes a las condiciones personales y profesionales, así como los componentes vinculados a inconvenientes intrínsecos de la relación laboral.
- Sólo cabe excluir los conceptos que tienen como único objeto, los gastos ocasionales o accesorios que surjan durante la relación laboral.
- Cabe utilizar un período de referencia que se considere representativo en aplicación del Derecho nacional a fin de fijar cual es la retribución que corresponde a los períodos de actividad.

Estos criterios, sistematizados y aplicados por el TJUE, suponen los siguientes efectos prácticos en relación con el sistema que cabe utilizar para fijar la retribución de las vacaciones, tanto de origen legal, como convencional:

1. La retribución de las vacaciones debe comprender **todos los conceptos salariales**: Personales, Puesto de Trabajo, Incentivos.

2. También incorpora la **garantía de mantenimiento de retribuciones** por el trabajo no desempeñado: cometidos dejados de realizar: comisiones por ventas, objetivos, horas extras regulares.
3. Cabe la cuantificación según un **promedio razonable** en períodos anteriores. En este punto se destaca la capacidad del convenio colectivo para fijar dichos períodos temporales de referencia, lo que no equivale a una capacidad dispositiva del convenio para cuantificar tales importes.
4. La **normativa nacional** (Ley, Convenio) no puede excluir ningún concepto retributivo. El art. 15 de la Directiva admite el principio de norma nacional más favorable, por lo que, en principio, sólo puede fijar unos criterios más beneficiosos para los trabajadores.
5. Los **órganos nacionales** están habilitados para dejar de aplicar cualquier instrumento, tanto convenio colectivo, como norma legal, o doctrina jurisprudencial, que restrinja o limite el derecho a la retribución de las vacaciones conforme se ha establecido en esta doctrina.
6. Dado que se trata de una doctrina que permite concretar los efectos que tiene la Directiva a la hora de interpretar la legislación nacional, habilita el ejercicio de **acciones colectivas o individuales** de reclamación de diferencias salariales por la retribución de las vacaciones en los casos en los que el convenio o la práctica judicial implique una minoración del importe de las vacaciones fijado conforme a la doctrina del TJUE. En concreto, esta doctrina se manifiesta en dos efectos salariales del período de vacaciones:
 1. **Efecto salarial directo**: Consistente en la falta de abono durante las vacaciones de la totalidad de las retribuciones normales u ordinarias, con todos los conceptos salariales, respecto de los meses de actividad.
 2. **Efecto salarial inducido**: Hace referencia a la necesidad de preservar los salarios ante los efectos negativos que la falta de actividad laboral durante las vacaciones genera respecto de complementos retributivos vinculados a esa actividad laboral, durante períodos de tiempo futuros.

1.2. La incorporación de esta doctrina a España: Las Sentencias de la Audiencia Nacional (Social) de 21 julio 2014 Proc. 128/14 y 17 Septiembre 2014, Asunto 194/14 (Conflicto colectivo promovido por la FSC-CCOO en la empresa Swissport Spain):

La doctrina del TJUE ha sido objeto de aplicación directa por la Audiencia Nacional, dando lugar a una revisión de los criterios con arreglo a los cuales se venía aplicando la capacidad del convenio colectivo para ordenar y disponer sobre los conceptos que integran la paga de vacaciones.

Los puntos esenciales de esta doctrina aplicada en los referidos pronunciamientos de la AN los resumimos así:

- Existe el derecho a percibir durante sus vacaciones anuales el promedio de las retribuciones variables nivel definitivo por hora nocturna, hora festiva, hora domingos, fraccionamiento de jornada y plus de jornada partida.
- El Convenio 132 OIT (Art. 7) establece que la retribución ha de comprender al menos la “retribución normal o media”, y deja a la legislación nacional calcularla. Esto lo ha usado la jurisprudencia para admitir que el convenio, por la eficacia que le da la Constitución, incluya o excluya los conceptos retributivos que estime oportunos, siempre que se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario (SMI) (Ss. de 3-07-2007 Rec. 2083/2006, de 26-07-2010, Rec. 199/2009 y 6-03-2012, Rec. 80/2011).

Sin embargo, la Audiencia Nacional descarta que dicha doctrina jurisprudencial pueda considerarse vigente. Así, se revisa la doctrina del TS, que venía preconizando la capacidad del convenio para excluir conceptos salariales del salario durante el tiempo de vacaciones, que además, no tenía una base normativa en el ET, sino que era una interpretación de las facultades de la negociación colectiva.

- Invoca expresamente la aplicación de la doctrina de la STJUE de 22-Mayo-2014 y la primacía de la legislación comunitaria sobre el convenio colectivo, lo que conduce a la estimación de la demanda de conflicto colectivo y al reconocimiento de las diferencias retributivas por los conceptos salariales que el convenio colectivo excluía de la retribución de las vacaciones, a pesar de devengarse durante los períodos ordinarios de actividad laboral.

2. Generación del derecho a vacaciones y fallecimiento del trabajador. Doctrina de la STJUE 12 junio 2014, Asunto C-118/13 (K+K).

Se trata de un supuesto en el que tras un proceso de Incapacidad Temporal de larga duración, el trabajador fallece sin haber disfrutado del derecho a vacaciones. Se deniega la compensación financiera al cónyuge por la doctrina jurisprudencial alemana que entiende que, ante el fallecimiento del trabajador, no nace el derecho a una compensación financiera por las vacaciones no disfrutadas.

El TJUE recuerda la doctrina sobre el derecho a la compensación financiera cuando no se han podido disfrutar las vacaciones por razón de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo, y se extingue la relación laboral (Asunto Schultz-Hoff EU C-2009-18). Esta doctrina obligó a modificar la legislación española, primero en relación con la situación de maternidad, y ulteriormente, sobre todos los procesos de IT, a fin de incorporar el derecho a disfrutar de las vacaciones tras la reincorporación al trabajo, si bien no opera como un derecho absoluto, ya que en la regulación del art. 38.3 in fine, se mantiene la caducidad en los 18 meses desde el fin del año natural de devengo cuando no se vincule a medidas de conciliación o a una IT por parto o lactancia. Si bien cabe señalar que esta limitación de los 18 meses tiene escasos efectos prácticos pues la IT tiene duración inferior, y si se convierte en una situación de incapacidad permanente, la extinción del contrato permite reclamar la compensación económica equivalente.

En relación con el alcance del art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, el TJUE declara que la norma se opone a que el derecho a vacaciones se extinga, sin dar una compensación adecuada, cuando la relación laboral llega a su fin por el fallecimiento del trabajador. También descarta el extraño argumento usado por la doctrina judicial alemana para excluir la compensación en caso de fallecimiento, como podría ser la necesidad de supeditar al compensación a una solicitud previa del interesado, lo que por otra parte, no es una exigencia de ningún derecho laboral.

Más allá de su aplicación a las vacaciones, se establece una doctrina general sobre la eficacia del fallecimiento respecto de los derechos laborales en curso de adquisición, de tal forma que no se convierte en un mecanismo liberatorio de las obligaciones que aún no se hayan cumplido. Seguramente sea en el ámbito del procedimiento por despido donde el fallecimiento pueda suponer una vía para reconsiderar la propia eficacia de la decisión empresarial. Procesalmente, sólo significa que la opción por la readmisión deviene imposible, por lo que sólo resulta posible la opción por la indemnización. Pero no es causa de finalización anticipada del proceso, ni menos aún como causa extintiva sobrevenida, ni tampoco como supuesto en el que la readmisión es

imputable al trabajador, construcciones todas que conducen a exonerar al empresario de los costes del despido improcedente o nulo cuando el trabajador fallece en el curso de proceso judicial. El TJUE aclara que el derecho a vacaciones tiene que ser objeto de liquidación económica.

II. Pensión de viudedad y pareja del mismo sexo.

1. La doctrina de la STJUE 12 diciembre 2013 Asunto C-267/12, (*Frederic Hay vs. Credit Agricole*).

En el caso en el que se plantea la cuestión prejudicial, una pareja de hecho registrada, entre personas del mismo sexo, no pueden acceder a permisos especiales retribuidos y a la prima salarial prevista en el Convenio Colectivo para las personas unidas por matrimonio. En Francia, no era posible contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, pero se extendieron los derechos laborales a los integrantes de pactos civiles de solidaridad, o parejas de hecho formalizadas, pero sin efecto retroactivo. La Cour de Cassation interpone cuestión prejudicial a fin de ponderar si es posible limitar el reconocimiento de tales derechos, únicamente a los casos que se plantean tras la publicación de la legislación que equipara parejas de hecho y matrimonio.

El marco normativo de referencia es la aplicación de la Directiva 2000/78/CE, relativa al marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 2.2).

Podemos sistematizar las implicaciones prácticas que tiene la doctrina del TJUE en este pronunciamiento:

1. La Directiva es aplicable a la regulación establecida por los interlocutores sociales mediante la **negociación colectiva**: (Asuntos C447/09, c-132/11), y no sólo tiene como destinatario el poder político.
2. Se sostiene la configuración del principio de no discriminación por razón de orientación sexual como **principio de la Unión Europea**: Directiva 2000/78 y Art. 21 Carta Derechos Fundamentales.
 - No sólo vincula al empleador, a los interlocutores sociales, sino a los Estados.
 - No sólo se refiere a las condiciones de empleo y la ocupación: Tiene eficacia directa frente al Estado y las instituciones públicas.

3. Se configura la existencia de la **discriminación directa** ante la existencia de situaciones análogas que no requieren que sean idénticas. Y es preciso llevar a cabo un análisis específico y concreto y no meramente general o abstracto.
4. Se establece como doctrina que reconocer sólo a trabajadores casados ventajas en términos de remuneración o condiciones de trabajo, cuando no es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, es una **discriminación directa por razón de orientación sexual**, respecto de los trabajadores unidos por un Pacto Civil de Solidaridad, que tienen una situación análoga al matrimonio (Sentencias asuntos Maruko C-267/06 y Romer C-147/08).
5. Una diferencia de trabajo que no se base expresamente en la orientación sexual, sino en la **situación matrimonial**, seguirá constituyendo una discriminación directa, pues al estar reservado el matrimonio a personas de distinto sexo, los trabajadores homosexuales se verán imposibilitados de cumplir el requisito necesario para obtener la ventaja reclamada.
6. Al ser una discriminación directa, no podrá justificarse por ninguna **finalidad “legítima”** en el sentido del art. 2.2.b) de la Directiva, sino sólo por los motivos contemplados en el art. 25 (seguridad pública, defensa del orden y prevención de infracciones penales, protección de la salud y de los derechos y libertades).
7. Es posible que la legislación requiera la exigencia de que se formalice la unión de hecho en los casos en que fuera posible entre parejas del mismo sexo. Esto puede pensarse que sería legítimo limitar los beneficios a las parejas de hecho registradas. Pero no por ello, entendemos, cabe deducir que esa exigencia siempre es legítima, ni que un derecho reconocido sólo en caso de matrimonio, sólo se extienda por la vía de la tutela judicial a parejas de hecho formalizadas. No podemos olvidar que la diferencia del régimen legal que deriva la unión de hecho reconocida y el matrimonio, de modo que en ningún caso puede invocarse la falta de formalización como requisito obstativo de la existencia de discriminación. La regla general decisiva sería la acreditación de convivencia estable y dependencia económica en términos equivalentes al régimen matrimonial. Y los requisitos legales impuesto deberían ser factibles y al alcance de los interesados, y no tener, por otra parte, unos efectos desproporcionados o no previsibles.

8. La Directiva se opone a que un **convenio colectivo, excluya a miembros de una pareja de hecho inscrita, de ventajas que se conceden a trabajadores con ocasión de su matrimonio** (permiso retribuido, prima salarial) con dos condiciones:
- La legislación no permita ese matrimonio, como sucede con las parejas del mismo sexo.
 - El trabajador se encuentre en situación análoga a la de un trabajador que contraiga matrimonio, según el objeto y las condiciones de las ventajas.

2. La doctrina negativa del Tribunal Constitucional: STC 92/2014, de 10 junio.

Una materia muy próxima ha sido analizada y resuelta por la doctrina del Tribunal Constitucional, a la hora de resolver la cuestión interna de inconstitucionalidad frente al art. 174 LGSS sobre pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual. Según la STC 92/2014, no se viola los derechos a la igualdad y a no sufrir discriminación. Se reitera la doctrina fijada SSTC 115, 116 y 124/2014.

Se trata de supuestos anteriores a la Ley 13/2005, lo que impedía el acceso a la pensión de viudedad. El fundamento de dicha doctrina, según el TC, es el siguiente:

- Es legítimo el distinto tratamiento entre parejas de hecho y matrimonio.

Pero olvida que en el caso, el matrimonio estaba excluido a parejas del mismo sexo, por lo que no es simplemente la voluntaria existencia o no de matrimonio lo relevante, sino más bien la imposibilidad de contraerlo como causa justificativa para denegar la pensión de viudedad.

- Igualmente, invoca el TC que es legítimo que el matrimonio excluya a parejas del mismo sexo.

Pero tal afirmación en realidad no sirve para resolver el caso de si las parejas del mismo sexo pueden ser excluidas de la pensión de viudedad, aunque se admita que puede estar justificada su exclusión de la institución matrimonial.

- Seguramente el argumento más sorprendente invocado por el TC es la consideración de que la pensión de viudedad es proteger al “matrimonio”, y no a las personas, de modo que la pensión opera más bien como un

incentivo a la familia matrimonial, y no cabe confundirlo con una mera prestación ante la pérdida de ingresos por el fallecimiento del que cotiza al sistema. Como vemos, con esta construcción el TC desmonta el hecho causante de la pensión de viudedad y la convierte en un mecanismo incentivador de determinadas formas de convivencia, lo que nada tiene que ver con los fines propios de las instituciones de Seguridad Social, ni con las contingencias que justifican la acción protectora.

- Se afirma la capacidad del legislador para establecer la extensión del sistema de Seguridad Social, y no corresponde esta función al TC, que no puede operar como legislador positivo o que pueda dar lugar a una interpretación que incurra en compromisos de gasto.

Pero se trata de una concepción que no enerva la discriminación directa mediante la extensión de los derechos que la legislación ha excluido al colectivo postergado. Esta configuración es claramente contraria a la Constitución, a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y a la Directiva 2000/78.

Esta sentencia cuenta con los votos particulares suscritos por los Magistrado Ortega, Xiol, Asua y Valdes, que niegan las razones y apelan a la doctrina de la STJUE de 12 Diciembre 2013 para justificar que se debería declarar la inconstitucionalidad de la norma.

III. Sucesión de empresa y convenio colectivo en ultra actividad.

1. Sentencia TJUE de 11 Septiembre 2014, Asunto C-328/13: Las condiciones fijadas en un convenio colectivo que se encuentra en ultraactividad en el momento de la transmisión, deben mantenerse con posterioridad a la sucesión.

Hacemos referencia a la doctrina establecida por la **Sentencia TJUE de 11 Septiembre 2014, Asunto C-328/13**, que viene a decir que las condiciones fijadas en un convenio colectivo que se encuentra en ultraactividad en el momento de la transmisión, deben mantenerse con posterioridad a la sucesión.

Según la normativa austriaca sobre sucesión de empresa, se impone al cesionario mantener tras la transmisión, las condiciones de trabajo pactadas en convenio. Y sobre la ultraactividad de los convenios colectivos denunciados: *“Tras la extinción del convenio colectivo se mantendrá su eficacia jurídica respecto de las relaciones laborales comprendidas en él inmediatamente antes*

de su extinción, mientras para dichas relaciones laborales no sea aplicable un nuevo convenio colectivo o mientras no se haya celebrado un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados.”

En el caso concreto, en el seno de un grupo de empresas, consta la existencia de dos convenios colectivos: uno aplicable a la empresa matriz y otras empresas del grupo, y otro convenio colectivo que limitaba su ámbito de aplicación a una filial del grupo de empresas, caracterizado por mantener condiciones de trabajo menos favorables que las previstas en el convenio de la matriz.

Para poner remedio a las pérdidas de explotación la sociedad matriz, decide trasladar una parte de su actividad –actividad aérea- a la empresa filial, mediante la transmisión de un centro de trabajo, con la finalidad de que los trabajadores cedidos quedaran sujetos a las condiciones de trabajo de la empresa filial.

Se denunciaron tanto el convenio de la empresa filial como el convenio del grupo, tras lo cual, la empresa filial consideró que ya no estaba sometida a convenio colectivo alguno y comenzó a fijar de manera unilateral nuevas condiciones de trabajo que supusieron un deterioro de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la transmisión, así como una reducción de sus retribuciones.

El sindicato considera que puesto que el convenio de la empresa filial ya no está vigente, a los trabajadores se les debe seguir aplicando el convenio de la empresa matriz y seguir aplicándose las mismas condiciones de trabajo existentes con anterioridad a la transmisión, aunque dicho convenio colectivo esté denunciado.

La cuestión prejudicial trata de delimitar el alcance del artículo 3.3 de la Directiva 2001/23 de 12 de marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; según el cual *“Después [de la transmisión] el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año”*

En concreto, se plantea si el mantenimiento de las condiciones de trabajo “pactadas mediante convenio”, comprende también las condiciones de trabajo que estaban previstas en convenio colectivo, cuando el convenio ha sido denunciado, ha transcurrido el plazo de su vigencia, y se aplican según la normativa nacional sobre ultraactividad. La organización empresarial en el caso sostenía que tras la denuncia, ya no son condiciones pactadas en convenio, y por tanto, no opera la protección de la Directiva sobre sucesión de empresa.

El TJUE lleva a cabo la interpretación de la Directiva 2001/ 23, art. 3.3, en materia de garantías ante la sucesión de empresa, a la hora de decidir el mantenimiento de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo hasta la fecha de extinción o expiración del convenio, o la entrada en vigor o aplicación de otro.

Los criterios que fija el TJUE son los siguientes:

- La **finalidad de la Directiva** es mantener las condiciones de trabajo, al margen de la técnica jurídica utilizada para esa aplicación, por lo que es decisivo saber si, en efecto, se mantienen las condiciones de trabajo que existían con anterioridad a la transmisión, cualquiera que sea el mecanismo que opere para que dichas condiciones se aplique. De esta forma, afirmar que las condiciones de trabajo derivan de la garantía legal de la ultraactividad no es relevante, pues en definitiva son verdaderas condiciones de trabajo que disfrutaban los trabajadores con anterioridad a la transmisión de la titularidad de la empresa.

El TJUE dice que “(23) el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23 no tiene por objeto mantener la aplicación de un convenio colectivo como tal, sino las «condiciones de trabajo» pactadas en ella. (24) Así, como ha señalado en Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones el artículo 3, apartado 3, de dicha Directiva exige el mantenimiento de las condiciones de trabajo derivadas de un convenio colectivo, pero sin que el origen específico de su aplicación sea determinante. Entiende que la Directiva “exige el mantenimiento de las condiciones de trabajo .. independientemente de la técnica utilizada para hacer estas condiciones de trabajo aplicables a los interesados”.

Por consiguiente, las condiciones de trabajo determinadas mediante un convenio colectivo no pueden considerarse excluidas del ámbito de aplicación de esta disposición por el mero hecho de que se apliquen a los interesados en virtud de una norma de ultraactividad de un convenio colectivo”.

- Otro punto de la doctrina del TJUE es que el **fin de la ultraactividad** es “evitar la ruptura brusca del marco normativo convencional que rige la relación laboral”. Pero sólo opera para los trabajadores ya contratados antes, y no impide la aplicación de un nuevo convenio cuando entre en vigor por sus propios mecanismos de vigencia y eficacia.

Explica la justificación de la norma que asegura la ultraactividad, diciendo que “ (28) *En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 53 de sus conclusiones, la norma de ultraactividad de un convenio colectivo como la controvertida en el procedimiento principal está destinada, en interés de los trabajadores, en evitar una ruptura brusca del marco normativo convencional que rige la relación laboral. Pues bien, si las condiciones de trabajo sometidas a esta norma estuvieran excluidas del ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23, la transmisión produciría por sí misma el efecto que dicha norma pretende evitar*”.

La sentencia interpreta el alcance de la obligación empresarial de mantenimiento de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa cedente, tras la sucesión de empresa. Considera que dicha obligación comprende el respeto, en sus mismos términos, a las condiciones de trabajo que los trabajadores mantienen en virtud del principio legal de la ultraactividad del convenio colectivo.

En su aplicación práctica directa, cabe deducir que de acuerdo con la sentencia TJUE, tras la sucesión empresarial no cabe entender extinguido el convenio colectivo de la empresa cedente, por la circunstancia de que en el momento de la sucesión se encuentre prorrogado. Se ha de continuar aplicando aunque se encuentre denunciado, haya transcurrido su vigencia, y esté en período de ultraactividad.

Esto clarifica las muchas dudas que tiene la doctrina jurisprudencial española al respecto, que suele interpretar que el convenio en ultraactividad no está vigente, y en caso de sucesión de empresa, la denuncia permite dejar de aplicarlo a la empresa cesionaria. Sólo la firma de un nuevo convenio posterior a la transmisión pone fin a las condiciones laborales, si son inferiores, pero la mera denuncia del convenio aplicable en la empresa cedente no permite regular unilateralmente las condiciones de trabajo tras la sucesión de empresa.

Más compleja es la situación cuando la normativa nacional no garantiza la ultraactividad del convenio. El principio del que parte del TJUE es que el convenio sigue aplicándose hasta que resulta sustituido por otro nuevo, de donde se puede inferir que la Directiva 2001/23 impone la prórroga del convenio en casos de sucesión de empresa, lo que debería igualmente aplicarse en casos en que no exista cambio de empresario. Pero lo cierto es

que esa conclusión la aseguraba, en el caso, la normativa austriaca, por lo que su aplicación a un marco nacional con normativa distinta no lo resuelve el TJUE.

2. ¿Un criterio para abordar los problemas de la ultraactividad?

Esta doctrina plantea si el fin de la ultraactividad es impedir la ruptura del marco normativo del contrato de trabajo, y hasta que punto estamos ante un límite que impone la legislación europea a la normativa nacional a la hora de establecer la pérdida de vigencia sobrevenida de las condiciones establecidas en la negociación colectiva, cuando concluye el período de vigencia del convenio y no se ha suscrito otro que lo sustituya.

Se trata de un problema que se ha planteado con toda su crudeza tras la reforma laboral operada por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, de 6 de Julio, ante la nueva regulación del art. 86.3 ET, y la Disp. Transitoria Cuarta de la citada Ley 3/2012.

A falta de una postura definitiva del Tribunal Supremo en las múltiples vertientes que tiene este problema (vigencia de las cláusulas de ultraactividad pactadas anteriores al RDL 3/2012, régimen de condiciones de trabajo aplicables tras el fin de la ultraactividad cuando las condiciones no están reguladas en convenio de ámbito superior), sólo queremos ahora resaltar las perspectivas desde la que la doctrina del TJUE pone en evidencia el papel del mecanismo de la ultraactividad, al servicio de la seguridad jurídica.

Esto aporta, sin duda, una perspectiva enriquecedora de esta cuestión, toda vez que la seguridad jurídica es un valor de dimensión constitucional, y sin duda debe condicionar, no sólo la validez de la propia actuación del legislador al disponer de las condiciones establecidas en convenio colectivo, sino de la interpretación que cabe hacer de esa regulación a fin de descartar las opciones incompatibles con el citado principio de seguridad jurídica.

IV. Despido colectivo y factores discriminatorios. STJUE 6 Diciembre 2012, Asunto C-152/11 (Baxter).

La Sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial alemán en relación con el plan de previsión social que había acordado la empresa Baxter y el comité de empresa, por el que se establecían los derechos económicos de los trabajadores afectados por un despido colectivo. En

resumen, ese plan contenía una diferencia de trato a los trabajadores mayores de 54 años a la hora de calcular la indemnización a que tendrían derecho los trabajadores que vieran extinguido su contrato de trabajo.

Mientras que para los trabajadores en general se utilizaba un sistema que fijaba la indemnización tomando en cuenta la antigüedad en la empresa y un coeficiente que aumentaba a la vez según aumentaba la edad (si bien a partir de los 58 años se reducía), para los trabajadores mayores de 54 años se utilizaba como referente los meses que faltaran hasta el momento más temprano posible de su jubilación. Esta fórmula especial generaba un importe de la indemnización notablemente inferior que si se aplicara la fórmula general, si bien tenía la garantía de la mitad de la indemnización calculada por la regla general.

En concreto a un trabajador de 58 años se le aplicó la fórmula especial y se le reconoció una indemnización de 197.199,09 euros. Para ello se tuvieron en cuenta los meses que faltaban para acceder al sistema de jubilación más temprano posible, y dado que el trabajador tenía una discapacidad grave, podía acceder a la jubilación a los 60 años. Si no hubiera tenido discapacidad la jubilación la habría podido realizar a los 63 años, lo que hubiera generado una mayor indemnización. Y si no hubiera tenido la edad de más de 54 años, la indemnización por la fórmula general, basada en la antigüedad, hubiera generado una indemnización superior a los 580.000 euros.

De esta forma, concurrían dos circunstancias específicas en el actor que conducían a una rebaja de su indemnización: el tener más de 54 años, lo que expresamente estaba contemplado en el Plan Social como causa para rebajar la indemnización general, y además el que padezca una discapacidad, lo que si bien no estaba contemplado para rebajar la indemnización, en ese caso si generaba el efecto dado que la jubilación de la persona discapacitada era anterior y por tanto, el módulo de meses era inferior al caso de que no fuera discapacitado.

Sobre esta base, el TJUE resuelve las dos cuestiones planteadas, en el sentido de considerar que, por una parte, la edad sí puede justificar una rebaja de la indemnización en el marco de un plan social como el descrito. Pero no está justificado la rebaja de la indemnización generada por la discapacidad, pues aunque sea un efecto no contemplado expresamente, pero reviste el carácter de una discriminación indirecta por razón de la discapacidad.

La cuestión prejudicial trata de determinar el alcance de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16). Con arreglo a lo establecido en su artículo 1,

dicha Directiva «tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

1. La aplicación de la Directiva a los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

La primera constatación que hace el TJUE es que el plan social derivado del despido colectivo entra en el ámbito de aplicación de la Directiva. De este modo, la negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores está sujeta al cumplimiento de los objetivos de la Directiva.

Dice al efecto que: *“34 Como se desprende de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, al adoptar medidas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, que concreta en materia de empleo y ocupación el principio de no discriminación por razón de la edad, los interlocutores sociales deben actuar con observancia de dicha Directiva (sentencias de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros, C-447/09, Rec. p. I-0000, apartado 48, y de 7 de junio de 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt, C-132/11, Rec. p. I-0000, apartado 22)”*.

2. La diferencia de trato basada en la edad y el marco en que puede estar justificada.

Aunque en el caso se constata por el TJUE que el trabajador ha recibido una indemnización distinta por razón de su edad, que genera un importe sustancialmente menor que si hubiera tenido una edad inferior, no por ello se ha de concluir que hay una discriminación por razón de edad. El art. 6 de la Directiva establece excepciones que permiten esa diferencia de trato, ligadas, en particular, «al establecimiento de condiciones especiales de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y remuneración, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad [...], con vistas a garantizar su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas», en el sentido de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78-“

Según el razonamiento que viene aplicando la doctrina del TJUE, para valorar si la diferencia de trato –en este caso por razón de la edad, pero igualmente a otros factores a que alude la Directiva- es preciso tomar en consideración tres elementos:

- Si persigue un objetivo legítimo, en los términos establecidos por la Directiva (Juicio de la finalidad).

- Si los medios utilizados para alcanzar ese objetivo son los adecuados (Juicio de la necesidad).
- Si los medios utilizados, además, no exceden lo que es requerido para alcanzar el objetivo. (Juicio de la proporcionalidad)

Esto se realiza sobre la base de entender, dice la Sentencia (Apartado 47) el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros y, en su caso, a los interlocutores sociales a nivel nacional, no sólo en lo que atañe a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo, sino también en la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, C-141/11, Rec. p. I-0000, apartado 32).

Haciendo aplicación de estos elementos, el TJUE llega a las siguientes conclusiones.

a. En primer lugar, los objetivos que persigue el Plan Social, al fijar una indemnización reducida a los trabajadores mayores de 54 años, son legítimos.

Resume estos motivos que justifican la diferencia de trato, invocados por el Gobierno Alemán (apartados 42 y 43):

- No puede llevar a poner en peligro la supervivencia de la empresa o los puestos de trabajo restantes.
- Permite limitar las posibilidades de abuso consistentes en que un trabajador obtenga una indemnización destinada a apoyarle en la búsqueda de un nuevo empleo cuando se va a jubilar.
- Tiene en cuenta la protección de los trabajadores más jóvenes y la ayuda a su reincorporación al trabajo.
- Tiene en cuenta la necesidad de un reparto justo de los recursos económicos limitados de un plan social.

Además el Tribunal adiciona estas razones, recogidas en sentencias anteriores (apd. 44): *“Además, debe considerarse legítimo el objetivo de evitar que dicha indemnización beneficie a personas que no buscan un nuevo empleo sino que van a percibir unos ingresos de sustitución en forma de pensión de jubilación (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de octubre de 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, Rec. p. I9343, apartado 44)”*.

b. Los medios empleados para conseguir los objetivos, dentro del amplio margen de apreciación que se les reconoce a los interlocutores sociales, son igualmente adecuados, pues rebaja la indemnización a los que tienen menores necesidades de protección social, y facilita mayores recursos para los más jóvenes, que tienen mayores necesidades de protección.

Dice la sentencia (apd. 48) que: *“procede señalar que la reducción del importe de la indemnización por despido concedida a los trabajadores que, en la fecha de su despido, gozan de una cobertura económica, no parece irrazonable atendida la finalidad de dichos planes sociales, consistente en aportar una mayor protección a los trabajadores para los que la transición a un nuevo empleo resulta difícil debido a sus limitados recursos económicos”*.

c. Finalmente, considera que la medida es proporcional y necesaria, al estar vinculada a la fecha más temprana de jubilación aunque sea anticipada. Entiende que *“corresponde a la fecha en que el trabajador puede obtener una pensión de jubilación, aun cuando se trate de una pensión que conlleve una disminución de los derechos por el hecho de que se haya accedido a ella de forma anticipada.”* (apd. 50)

Como elemento que corrobora esa legitimidad de las medidas empleadas, el Tribunal toma en cuenta que provienen de un acuerdo negociado con los representantes de los trabajadores, lo que atribuye una mayor legitimación a las mismas: *“el plan social) ...es fruto de un acuerdo negociado entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, en virtud del cual ambos ejercitaron el derecho a la negociación colectiva que se les reconoce en tanto que derecho fundamental. El hecho de encomendar así a los interlocutores sociales el cometido de definir un equilibrio entre sus respectivos intereses ofrece una flexibilidad nada desdeñable, al poder cada una de las partes, en su caso, denunciar el acuerdo (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de octubre de 2010, Rosenblatt, C- 45/09, Rec. p. I-9391, apartado 67)”*.

3. La diferencia de indemnización basada en la condición de discapacidad del trabajador.

Junto a lo anterior, en el caso concreto se plantea igualmente la legitimidad del Plan Social que contempla una indemnización calculada sobre la fecha en que el trabajador accede a la jubilación, pero incluyendo igualmente el acceso a la jubilación especial de los trabajadores discapacitados. Esto plantea la duda de si es un trato perjudicial por razón de la discapacidad, y si está justificado ese tratamiento.

El Gobierno Alemán y la empresa había justificado la medida por considerar que la reducción del importe de la indemnización por despido obtenida está justificada por la ventaja concedida a los trabajadores con grave discapacidad, que consiste en poder obtener la pensión de jubilación a partir de una edad tres años inferior a la fijada para los trabajadores sin discapacidad.

Sin embargo, el TJUE no comparte ese criterio, y concluye que estamos ante una discriminación indirecta por razón de la discapacidad. Señala estas razones:

a. Hay discriminación basada en la discapacidad cuando la medida controvertida no está justificada por razones objetivas ajenas a tal discriminación (véase, en este sentido, y por analogía, las sentencias de 6 de abril de 2000, Jørgensen, C-226/98, Rec. p. I-2447, apartado 29; de 23 de octubre de 2003, Scönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575, apartado 67, y de 12 de octubre de 2004, Wippel, C-313/02, Rec. p. I-9483, apartado 43). (Apd. 67)

b. Por otra parte, tal razonamiento comprometería la eficacia de las disposiciones nacionales que establecen dicha ventaja, cuya razón de ser es, en general, tener en cuenta las dificultades y los riesgos particulares que encuentran los trabajadores afectados por una discapacidad grave. (Apdo.. 67)

c. Los interlocutores sociales, al perseguir la finalidad legítima de un reparto equitativo de los recursos económicos limitados afectados a un plan social y proporcionado con las necesidades de los trabajadores afectados, no tuvieron en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad grave.

En efecto, ignoraron tanto el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad grave, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo, como el hecho de que ese riesgo se incrementa a medida que se aproximan a la edad de jubilación. Ahora bien, esas personas tienen necesidades específicas ligadas tanto a la protección que requiere su estado como a la necesidad de hacer frente a una posible agravación de dicho estado. Como ha señalado el Abogado General en el punto 68 de sus conclusiones, ha de tenerse en cuenta el riesgo de que las personas afectadas por una discapacidad grave se vean expuestas a necesidades económicas ineludibles a causa de su discapacidad, o que, al hacerse más mayores, dichas necesidades económicas puedan aumentar. (Apdo. 68)

De esta forma, se entiende que no está justificado tomar en cuenta el acceso del trabajador a una pensión –en ese caso de jubilación anticipada por razón de la discapacidad- pues no por ello está en la misma situación que los demás trabajadores, dado que tiene mayores riesgos de acceso al empleo, y mayores riesgos de necesidades económicas sobrevenidas, lo que no justifica en absoluto una indemnización menor a si no estuviera discapacitado.

Con síntesis, podemos decir que en esta sentencia se aborda una cuestión problemática de enorme importancia en la configuración de las medidas sociales o en el abono de las indemnizaciones por razón del despido colectivo, como es la posibilidad o no de fijar un sistema que conduzca a una indemnización o unos derechos diferentes por razón de dos circunstancias personales concretas, como son, por una parte la edad, y por otra, la discapacidad.

La sentencia no considera que cualquier diferencia de trato sea en si mismo discriminatoria, cuando se aplican distintos sistemas de cálculo de la indemnización según cual sea la edad del trabajador. Dado que el trabajador de más edad puede tener más reducidas sus necesidades de protección dado que puede acceder a los sistemas de jubilación, la fijación de la indemnización puede modularse en el plan social sin que por ello implique una diferencia de discriminación. No obstante, impone la necesidad de que ese trato se justifique en la necesidad de preservar fines legítimos, como son buscar una mayor protección a los trabajadores con mayor necesidad objetivada de la misma. Y también impone que no sea una diferencia desproporcionada. Seguramente este sea el aspecto más difícil de comprobar.

En el caso concreto, el TJUE acepta el sistema que conduce a reconocer una indemnización a los trabajadores de más de 54 años que puede ser la mitad de la que correspondería si se aplicara el sistema general, aunque hemos visto que implica importes en todo muy considerables – unos 197.000 euros-.

Por el contrario, la discapacidad no puede justificar nunca una menor indemnización, ni siquiera considerando los sistemas de protección social – como en el caso, la jubilación anticipada por razón de la discapacidad- que pueden otorgar una mayor protección a estas personas. La discapacidad determina que el sujeto sea mucho más vulnerable, por lo que una prestación social exclusiva para estos trabajadores no puede ser excusa para reducir el importe de la indemnización por despido.

Dado que la jubilación, en el caso alemán, varía según la condición de discapacidad del interesado, en la práctica se generaba una discriminación indirecta pues la indemnización era más reducida al tomar en cuenta un menor período temporal, cuando, dice el Tribunal, no por ello la persona tiene menos necesidades y no es menos vulnerable.

V. Garantías laborales en caso de subcontratas en otro Estado. La incorporación del Dumping social como objetivo comunitario: STJUE 18 Septiembre 2014, Asunto C-549/13 (Bundesdruckerei).

En la normativa sobre contratación pública vigente el Lander de Renania del Norte-Westfalia, de Alemania, se contempla una medida por la cual sólo podrán adjudicarse a empresas que, en el momento de presentar la oferta, se hayan comprometido por escrito, mediante una declaración a la entidad adjudicadora, a pagar a su personal, un salario mínimo por hora de al menos 8,62 euros, equivalente al salario mínimo del lugar de adjudicación.

El municipio de Dortmund, en Alemania, convocó, a nivel europeo, licitación para un contrato público relativo a digitalización de documentos y conversión de datos para el servicio de urbanismo de la ciudad. Cumpliendo la legislación al efecto, entre las condiciones de la licitación se establecía que el licitante se comprometiera a abonar a sus trabajadores el salario mínimo vigente según la legislación federal alemana, y la legislación del Lander de Renania del Norte-Westfalia, equivalente a 8.62 euros/ hora, así como a exigir a sus subcontratistas que se comprometieran a respetar dicho salario mínimo.

Una de las empresa alemanas participantes en la licitación informó de que si se le adjudicaba el contrato, las prestaciones del mismo se realizarían exclusivamente en otro estado miembro: Polonia, a través de una empresa subcontratada, por lo que no podría comprometerse a respetar el salario mínimo vigente en un Lander alemán, que no estaba establecido por la legislación de aquel Estado miembro. El municipio de Dortmund informó de que no podía atender la solicitud de licitación de esta empresa alemana.

La empresa acude a la Sala en materia de contratación pública del Gobierno del Distrito de Arnsberg. Este órgano, que tiene naturaleza jurisdiccional, entiende que la regulación alemana es contraria a la normativa europea y plantea cuestión prejudicial al TJUE, al considerar que la extensión del salario mínimo previsto en la legislación alemana a los trabajadores que ejecuten contratos públicos fuera del territorio alemán constituiría una restricción de la libre prestación de servicios y una discriminación indirecta de los licitadores que prestasen sus servicios en otros Estados miembros con estructuras de costes muy diferentes.

La primera cuestión que analiza el TJUE es si al supuesto de hecho planteado resulta de aplicación las previsiones del art. 3 de la Directiva 96/71 de 16 de diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, según el cual las empresas que procedan al desplazamiento de trabajadores al territorio de otro Estado miembro, deberán garantizar una serie de condiciones de trabajo mínimas de los trabajadores

desplazados, entre ellas las cuantías del salario mínimo y horas extraordinarias fijadas en las normas (leyes, reglamentos, disposiciones administrativas, convenios colectivos, laudos), del Estado al que se desplazan para la prestación de servicios.

El TJUE considera dicha norma no aplicable al caso, por cuanto *“el licitador no tiene la intención del ejecutar el contrato público mediante el desplazamiento de trabajadores de su subcontratista, una filial al 100% establecida en Polonia, al territorio alemán. Por el contrario...la cuestión prejudicial...versa sobre una situación en la que el subcontratista está establecido en otro Estado miembro de la UE [distinto de Alemania] y sus trabajadores dedicados a la ejecución de las prestaciones objeto del contrato operan exclusivamente en el país de origen de aquél”*.

Distintamente resulta aplicable al caso el art. 56 del TFUD que garantiza la libre prestación de servicios, señalando que *“la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a lo subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distintos del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del art. 56 TFUE. “*

Se aclara que la medida que pretende imponer el Municipio de Dortmund puede estar justificada para la protección de los trabajadores que prestan servicios en el territorio de un Estado miembro, a fin de evitar el “dumping social” y la penalización de las empresas competidoras que conceden un salario adecuado a sus empleados, pero dicha normativa resulta desproporcionada cuando su ámbito de aplicación se extiende a una situación en que los trabajadores ejecutan un contrato público en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que la cuantía del salario mínimo es inferior a la vista del coste de vida en ese Estado miembro, lo que no guarda relación con el coste de vida en el Estado miembro donde se localiza el adjudicador, y ello privaría a los subcontratistas establecidos en otros Estados miembros de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos, más allá de lo necesario para garantizar que se consiguiera el objetivo de protección de los trabajadores.

La doctrina señalada, en materia de contrata y subcontratas, tiene una considerable transcendencia, especialmente en aquellos sectores en los que por las características del objeto de la prestación de servicios, el lugar de trabajo puede ubicarse indistintamente en diversos territorios con

independencia de la localización del cliente; tales como telemarketing o servicios de software informático.

La doctrina que recoge esta sentencia, en definitiva, viene a legitimar el dumping social, como un verdadero principio de la normativa europea, que impide a la legislación nacional adoptar medidas, como el asegurar unos salarios equivalentes a los nacionales a trabajadores en otros Estados.

La base teórica se basa, en primer lugar, en negar que estemos ante un supuesto protegido por la Directiva 96/71, que establece una serie de garantías en materia de condiciones de trabajo para los trabajadores objeto de desplazamientos transnacionales, y entre tales garantías el respeto al salario mínimo vigente en el país del desplazamiento donde se ejecutan los trabajos. Considera que cuando un contrato se ejecuta en régimen de subcontratación con trabajadores que permanecen en su país, no opera esta Directiva que asegura condiciones mínimas al de lugar de prestación de servicios, por considerar que los servicios se prestan en el país donde se ubica el centro, pero no en el país en que esos servicios se reciben de forma efectiva.

Ello pone en evidencia como los fenómenos de deslocalización entre la ubicación física del proceso productivo y el lugar donde se manifiesta la utilidad del trabajo plantea importantes incertidumbres sobre la legislación laboral, que se viene articulando alrededor del principio de lugar de prestación de servicios, sin ponderar que en numerosos sistemas productivos, ese lugar responde a mera conveniencia empresarial, al poder deslocalizarse dicha ubicación del lugar en que se manifiestan los resultados productivos. Una interpretación del concepto de la prestación de servicios, más que vinculado al lugar geográfico de ubicación del trabajador, relacionado con el lugar donde se manifiesta la utilidad productiva para el empleador, permite corregir estos efectos. Sin embargo, aquí el TJUE no asume ningún planteamiento que actualice esta regulación.

En segundo lugar, considera que el establecimiento de una garantía similar, no puede justificarse en la protección de los trabajadores, pues generaría una “sobrepotección”, si se les reconoce un salario por encima del que es propio del nivel de vida de su país en el que viven. Es un planteamiento inaceptable con el propio principio europeo de progreso en las condiciones de trabajo, y convierte una normativa que trata de asegurar la promoción de las condiciones laborales, en un mero obstáculo a la libre prestación de servicios.

Supone reconocer que la mejora competitiva de las empresas radicadas en países con inferiores condiciones laborales deriva, justamente, de la degradación de las condiciones laborales.

El que se afirme que estamos ante un mercado único, y por el contrario existen diferentes “niveles de vida” no deja de ser contradictorio, pues parte de la falsa afirmación de que los salarios mínimos son expresión del nivel de vida, cuando más bien reflejan el nivel de protección alcanzado para asegurar unas rentas mínimas por el desarrollo de la actividad laboral. Más bien, la existencia de salarios mínimos distintos, no responde a costes de vida distintos, sino a la ausencia de un marco uniforme de derechos sociales y la ausencia de mecanismos que aseguren un mismo nivel de vida a nivel de la Unión Europea. En realidad, hace primar a los modelos económicos con bajo nivel de protección social, con el argumento de que en otro caso se produce una sobreprotección a los propios trabajadores.

Por otra parte, no se comprende como la normativa en cuestión, que asegura el pago de salarios del lugar de la entidad que recibe los servicios, puede calificarse como restrictiva de la libre prestación de servicios. Es cierto que con esa legislación, las empresas radicadas en países con salarios inferiores pierden la “ventaja competitiva” que suponen tales salarios, y las equipara, en materia salarial, a otras empresas radicadas en el país convocante, pero no por ello les genera otra dificultad. Llevando el principio de libre prestación de servicios a sus últimas consecuencias, el sesgo restrictivo del TJUE puede conducir a eliminar el propio concepto de salarios mínimos, si dificulta a las empresas concurrir con otras que tienen un marco con salarios inferiores.

Es lamentable, por tanto, que el TJUE se convierta en una herramienta de involución neoliberal del Derecho de la Unión Europea, que aquí se usa, sin fundamento técnico aceptable, para desmontar las garantías laborales básicas, como el derecho a un salario digno, y la protección frente al dumping social.

VI. De nuevo la protección social de los contratos a tiempo parcial: El criterio de integración de lagunas ¿es discriminatorio?

1. La inminente doctrina del TJUE.

La doctrina del TJUE sobre discriminación en materia de protección social de los contratos a tiempo parcial ha venido reconocido la existencia de discriminación por razón de sexo en la legislación española. Ya la STJUE de 22 de Noviembre de 2012, Asunto C-385/11, declaró contrario a la Directiva 79/77, sobre igualdad de trato, un período de carencia en los contratos a tiempo parcial, desproporcionadamente mayor que el de los trabajadores a jornada completa, calculado en función de la traducción de las horas trabajadas a años o meses, que implicaba períodos cronológicos imposibles para reunir la carencia mínima de acceso a la pensión de jubilación. El TC asumió tales

planteamientos y tras diversas oscilaciones del legislador, finalmente se ha implantado un sistema de cómputo de los períodos de carencia en los contratos a tiempo parcial que parte de la consideración de que 15 años cronológicos de actividad laboral generan derecho al acceso a la pensión, al margen de las horas trabajadas cada día, y sin perjuicio de que pueda igualmente detectarse una incidencia en al cuantía de la pensión que no sea de estricta proporcionalidad.

Ahora se plantea en una cuestión prejudicial ante el TJUE a instancia del TSJ de Galicia (Social) en relación con la normativa española sobre la integración de lagunas en los contratos a tiempo parcial. Se trata de un supuesto en el que se solicita una pensión de incapacidad por una trabajadora que había cotizado 39 años, de los que 3 años y 10 meses eran a tiempo parcial, y otros tres años sin actividad.

El Abogado General del TJUE considera que genera una desventaja que supone una discriminación indirecta por razón de sexo. Se reduce de modo desproporcionado la cuantía de la pensión de incapacidad permanente respecto de las cotizaciones abonadas en su carrera profesional por el hecho de haber tenido un contrato a tiempo parcial durante parte de su carrera de cotización, y ese efecto desproporcionado no puede justificarse en el principio de contributividad ni en el principio de proporcionalidad.

No podemos anunciar el criterio del TJUE, pues aún no conocemos el fallo, pero para poner en evidencia el alcance de la materia controvertida, cabe destacar que posiciones enfrentadas vienen manteniendo el TS y el TC, en un conflicto en el que, al parecer, tendrá que mediar el TJUE.

En concreto, la posición del TC se ha expresado en la **Sentencia de 25 Septiembre 2014**, que resuelve la cuestión Inconstitucionalidad 3361/12, formulada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sobre la regla de integración de lagunas en los contratos a tiempo parcial (Disp. Adicional 7ª apartado b) Regla 3ª del núm. 1). En contra de lo sostenido por el TS, el TC entiende que la regla de integración de lagunas prevista en la LGSS en los contratos a tiempo parcial, con arreglo a la base mínima reducida en proporción a la jornada del contrato anterior al cese, no es una regla arbitraria contraria a la igualdad.

En el caso concreto, un trabajador tiene un total de 8.865 días de cotización, de los que sólo 90 lo han sido a tiempo parcial, pero como accedió a la situación de inactividad desde el contrato a tiempo parcial, se aplicó la integración de lagunas durante casi tres años, tomando no la base mínima general, sino la base mínima reducida en proporción a las horas a tiempo parcial. Esto supone que se apliquen unas bases mínimas parciales notoriamente inferiores a las

que se hubiera aplicado, no sólo si el trabajador hubiera prestado servicios a tiempo completo, sino si simplemente hubiera estado inactivo.

2. La posición del Tribunal Supremo: Discriminación por razón de sexo.

Constata el TS que el hecho de haber trabajado a tiempo parcial, determina una pensión inferior al hecho de que, simplemente, no hubiera trabajado y se hubiera integrado todo el período por bases mínimas normales, lo que considera arbitrario, y además, contrario a la prohibición de discriminación de la mujer en tanto que son un colectivo predominante en este tipo de contrato.

El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad y considera que no se trata de una medida arbitraria, pero no examina la materia desde el punto de vista de la discriminación de la mujer, en tanto que el trabajador del proceso de referencia era varón. Cuenta con un voto particular, suscrito por el Magistrado Xiol, que discrepa de esta conclusión.

En concreto, el citado apartado de la LGSS establece que:

Disposición adicional séptima. Normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial.

1. La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por las siguientes reglas:

...

Tercera. Bases reguladoras.

...

b) A efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.

Según el Tribunal Supremo, esta regla sería inconstitucional por la siguientes razones.

1. En primer lugar, es anómalo el tratamiento de las bases de cotización a tiempo parcial, en la medida que la regla primera de la Disp. Adicional 7.3ª impone la aplicación de las normas generales, sin integración de lagunas, de modo que "...En ello se constata, sin embargo, una primera anomalía, pues si el trabajador en lugar de prestar servicios a tiempo parcial hubiera permanecido inactivo, se hubiera aplicado la integración

de lagunas con las bases mínimas a tiempo completo, con lo que el empleo a tiempo parcial se desincentiva desde el momento en que a efectos de las pensiones de la Seguridad Social la inactividad tiene un tratamiento más favorable que la actividad a tiempo parcial”, según resume el propio TC.

2. En los períodos de inactividad, la integración de lagunas se hace con arreglo a las bases mínimas que correspondan al número de horas contratadas en último término, lo que cabe interpretar conforme al contrato a tiempo parcial vigente en el momento del cese; bases mínimas sobre las que opera la reducción que deriva del menor tiempo de trabajo.

Según el TS, el trabajador resulta perjudicado de forma desproporcionada por la aceptación de un contrato a tiempo parcial como forma de salir de una situación de desempleo, porque no sólo verá excluida la integración de lagunas durante su vigencia, sino que en el futuro se producirá una reducción de la integración al tomarse como referencia las bases mínimas parciales, mientras al que permanece en inactividad se le aplicará la integración sobre las mínimas generales a tiempo completo.

Por ello, el Tribunal Supremo considera que la norma puede ser contraria al principio de igualdad, porque en un supuesto igual – dos trabajadores con los mismos días de cotización acreditados a lo largo de su vida profesional – introduce una diferencia de trato peyorativa para el trabajador que antes de cesar en el empleo que inicia la laguna tenía suscrito un contrato a tiempo parcial; tratamiento peyorativo que no se aplicaría a otro trabajador que en el momento anterior al cese estuviera contratado a tiempo completo, aunque este último trabajador tuviera acreditadas el mismo número de cotizaciones a tiempo completo y a tiempo parcial que el primero.

Señala que una solución racional, acorde con el principio contributivo, sería la de integrar las lagunas de forma proporcional a las actividades a tiempo completo y a tiempo parcial desarrolladas durante la vida laboral del trabajador.

3. Por último, indica la Sala, con cita de la STC 253/2004, que la norma cuestionada, aunque en apariencia neutra desde la perspectiva de sexo, en su aplicación práctica podría ser contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, al situar a las mujeres en una posición de desventaja a la hora de la determinación del importe de sus

pensiones, y ser el contrato a tiempo parcial una institución que afecta, de hecho, predominantemente al sexo femenino.

3. La posición del Tribunal Constitucional: No estamos ante una norma arbitraria.

El TC rechaza este planteamiento mediante una serie de consideraciones que resumimos esquemáticamente. Sin embargo, hay que anticipar que el TC no examina la cuestión desde el punto de vista de la vulneración del derecho a la discriminación contra la mujer, por ser materia que no concurre en el proceso de origen de la cuestión, lo que permite aventurar que la solución definitiva al problema no puede tenerse por zanjada.

1. En relación con la discriminación por razón de sexo, la STC inadmite ese motivo al aplicar un nuevo criterio en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad: es necesario que ese principio se vulnere en la aplicación al caso donde se formula la cuestión, lo que no sucede al ser el actor un varón. Se trata de un regla que es muy discutible, no sólo por ser contraria a la doctrina del propio TC, sino por no tener apoyo en la letra de la LOTC, que exige que en la cuestión de inconstitucionalidad que la norma aplicada sea inconstitucional por cualquier motivo, y no que produzca la vulneración de un derecho fundamental a las partes, que es propio de un recurso de amparo.

Esto hace que la sentencia sea en realidad un fallo incompleto, y deja abierta la controversia a que sobre esta materia se formulen recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad, cuando se trate de mujeres que invoquen discriminación por la forma de aplicar la regla de integración de lagunas en los contratos a tiempo parcial.

Además, hay que constatar que esta misma cuestión es objeto de enjuiciamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y el Abogado General ya ha adelantado su criterio de que la norma Española de integración de lagunas en los contratos a tiempo parcial vulnera la prohibición de discriminación de la mujer.

2. Considera el TC que *“el tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial no tiene su origen, por tanto, en la norma que ahora se cuestiona, sino en las normas que, con carácter general, regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en uno y otro caso, y que inciden del mismo modo en la determinación de las bases mínimas. Y esas reglas se rigen por el principio de proporcionalidad.”*

Sin embargo, este planteamiento es justamente contrario al que hace el TS, que denuncia la falta de proporcionalidad en la solución que dice admitir el TC: No es que los contratos a tiempo parcial tengan, en materia de base reguladora, una protección “proporcional” a los contratos a tiempo completo, sino desproporcionadamente peyorativa e incluso inferior a la falta de contrato, lo que hace que, por definición lógica, no sea proporcional la solución legal. Aunque en aritmética básica, el cálculo de la base aparente esa proporcionalidad, lo relevante son los resultados que genera, que en modo alguno suponen una protección proporcional, en tanto que el cotizar a tiempo parcial genera, como en el caso examinado, una rebaja efectiva de la cuantía de la pensión.

3. Considera el TC que no es una norma arbitraria el considerar la integración de lagunas con arreglo al contrato anterior al cese, en tanto que es una técnica usual en el ámbito del sistema de Seguridad Social, donde la situación anterior al momento de acceso a una prestación es tomada en cuenta para calcular el importe de la propia prestación.

Sin embargo, en este caso no estamos tomando en cuenta el momento anterior al acceso a una prestación de jubilación o incapacidad, donde la función protectora del sistema de Seguridad Social puede usar la regla vinculada a la sustitución de las rentas dejadas de percibir. Se trata de calcular la base reguladora según las cotizaciones imputadas a los períodos no cubiertos por una relación laboral, y ver como la protección que se da a los trabajadores que tenían un contrato a jornada completa se reduce de forma sensible si disponían de un contrato a tiempo parcial. El que la arbitrariedad en el tratamiento pueda comprender, como dice el TS, incluso a la forma de computar las bases mínimas durante la vigencia del contrato a tiempo parcial, que pueden ser inferiores incluso al caso de que la persona simplemente no realice actividad laboral alguna, no hace que el criterio sea racional cuando no existe contrato a tiempo parcial vigente.

Lo que denuncia el TS es la existencia de una verdadera “anti-cotización” en los contratos a tiempo parcial, tanto durante su vigencia, como en la integración de lagunas tras el cese, es decir, que por el hecho de tener un contrato de este tipo, el resultado puede ser una minoración de la base reguladora y de la cuantía de la pensión. Así sucedía en el caso que examinaba, donde por el hecho de haber trabajado durante 90 días a tiempo parcial, sobre una carrera de cotización de 25 años, había experimentado un hundimiento de la base reguladora muy por debajo de la base mínima por un periodo de casi tres años, con la reducción del importe de la pensión. Decir que este efecto no es

arbitrario porque es “frecuente” en otros ámbitos del sistema de Seguridad Social no descarta la falta de racionalidad.

4. Otro argumento de más peso manejado por el TC es que la valoración de que la regla cuestionada de la Disp. Adicional Séptima de la LGSS supone la aplicación de la base de cotización mínima reducida en proporción a la jornada del último contrato a tiempo parcial, en realidad es una interpretación de la legalidad ordinaria, que corresponde efectuar al propio TS como máximo órgano jurisdiccional, y el tenor de la norma no es concluyente a la hora de poder descartar otras interpretaciones. Lo que el TC dice es que esa interpretación, si fuera la única posible, no sería arbitraria, pero no prejuzga una interpretación de la legalidad ordinaria con otro alcance, sobre todo cuando se tiene que integrar con otros elementos normativos en virtud de los criterios de interpretación sistemática, lógica, y con arreglo a la realidad social actual.

Es por ello que queda la posibilidad de ver hasta qué punto la propia regulación de la integración de lagunas permite ponderar la aplicación de la base mínima reducida, no con arreglo al contrato a tiempo parcial anterior, sino con arreglo al índice de parcialidad de la relación laboral, ya sea anterior, o incluso a toda la carrera profesional.

Sin embargo, la ley dice que la integración se hace con la base mínima de cotización “*correspondiente al número de horas contratadas en último término*”, y la apelación a las horas contratadas “en último término”, aunque es una expresión imprecisa, parece aludir a un momento temporal distinto del que corresponde a toda la carrera profesional. Pero cabe una interpretación correctora que asuma la propuesta del TS desde el punto de vista lógico y sistemático, de modo que la alusión al “último término” no se refiere al último contrato, sino a la que se constate en el momento anterior de acceso a la prestación. Si fuera al último contrato anterior al período de inactividad así lo habría dicho. Y la integración de laguna no se realiza tras la finalización de un contrato temporal, sino en el momento del hecho causante, pues es una regla para la fijación de la base reguladora de la prestación de jubilación o incapacidad, de modo que el “último término” en realidad alude al momento de acceso a la prestación, lo que obliga a ponderar la parcialidad de toda la relación laboral.

Pero esta forma de integrar las lagunas no siempre es la más beneficiosa para los interesados, pues podría suponer, a la contra, que trabajos a jornada completa seguidos de inactividad, se integren las lagunas no por la base mínima, sino por la que resulte de toda la carrera laboral cuando han existido periodos relevantes a tiempo parcial.

Y sobre todo, esta interpretación correctora no enerva la conclusión de partida del propio TS, de que el contrato a tiempo parcial, en sí mismo, supone un mecanismo que puede rebajar la base de cotización frente a la situación de inactividad. Frente a ello, lo más coherente, en realidad, es una solución inaplicada pero que no carece de fundamento legal, partiendo de que la integración de lagunas opera para proteger a los trabajadores ante la falta de ocupación; y ello opera tanto a falta de todo empleo, donde la regla protege completamente, como en un empleo a tiempo parcial involuntario, donde una parte de la jornada corresponde a desempleo involuntario.

Esto supondría operar la integración de lagunas, no sólo en los periodos posteriores a jornada a tiempo parcial, sino incluso durante la vigencia de un contrato a tiempo parcial involuntario, y donde la persona trabajadora sigue siendo demandante de empleo por el resto de la jornada hasta lo que sería una jornada completa.

Se trata por tanto de una cuestión de enormes repercusiones prácticas, y la última posición, no la ha fijado ni el TS ni el TC, estando pendiente igualmente del TJUE, aunque lo más probable es una intervención del propio legislador para fijar un criterio con necesaria seguridad jurídica en una materia en la que están en juego los derechos a la jubilación de un colectivo claramente femenino.