

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 3341** *Pleno. Auto 30/2009, de 27 de enero de 2009. Inadmite a trámite por infundada la cuestión de inconstitucionalidad 563-2007, planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el artículo 211.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones por los periodos trabajados a jornada reducida. Voto particular.*

Tribunal Constitucional. Pleno.

Excmos. Sres.: Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.

Número de Registro: 563-2007.

Asunto: Cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Sobre: Artículo 211.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por presunta vulneración de los artículos 9.2, 14 y 39 de la Constitución.

#### AUTO

##### I. Antecedentes

1. El 22 de enero de 2007 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al que se acompaña, junto con el testimonio del recurso de suplicación núm. 5069-2005 que se tramita ante dicha Sala, el Auto de 14 de diciembre de 2006, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 211.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por presunta vulneración de los artículos 9.2, 14 y 39 CE.

2. Los antecedentes de hecho de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) El Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) interpuso recurso de suplicación (núm. 5069-2005) contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona de 20 de enero de 2005, dictada en autos núm. 717-2004, por la que se estima la demanda formulada por doña Isabel Artigas Rosich, reconociendo a ésta el derecho a percibir la prestación de desempleo conforme a lo dispuesto en el artículo 211.1 LGSS para el cálculo de la base reguladora, pero computando como si se hubiera cotizado por jornada completa durante el periodo en el que la trabajadora realizó una jornada reducida en un 50 por 100 por guarda legal de su hija menor de seis años (con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones a la Seguridad Social y a la protección por desempleo), acogiéndose al derecho contemplado en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET).

b) La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó Auto de 23 de octubre de 2006 en el recurso de suplicación núm. 5069-2005, pendiente de votación y fallo, por el que acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo de diez días, de conformidad con el artículo 35.2 LOTC, sobre la pertinencia de plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, toda vez que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, ha revisado a partir de su Sentencia de 2 de

noviembre de 2004 su anterior doctrina sobre cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo en el supuesto de reducción de jornada por guarda legal de hijo menor (art. 37.5 LET), estableciendo ahora que para ese cálculo hay que estar a la base correspondiente a los ciento ochenta días anteriores al inicio de la prestación, sin excepción alguna, en aplicación del artículo 211.1 LGSS, a cuyo tenor literal debe estarse. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña afirma no compartir dicha doctrina y se plantea si el artículo 211.1 LGSS puede ser contrario a los artículos 9.2, 14 y 39 CE, por cuanto puede comportar una discriminación indirecta de las mujeres por razón de sexo.

c) La representación procesal de doña Isabel Artigas Rosich presentó su escrito de alegaciones solicitando el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 211.1 LGSS, por ser contrario a los artículos 9.2, 14 y 35.1 CE, toda vez que dicho precepto discrimina a las mujeres trabajadoras que se acogen a la reducción de jornada por razones de guarda legal, al no contemplar una regulación específica que permita que el ejercicio de ese derecho no determine un ulterior perjuicio en la prestación por desempleo. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones manifestando su posición favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 211.1 LGSS, por entender que dicho precepto puede vulnerar lo establecido en los artículos 9.2, 14 y 39 CE. El Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) no formuló alegaciones.

d) Finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó el Auto de 14 de diciembre de 2006 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 211.1 LGSS, por presunta vulneración de los artículos 9.2, 14 y 39 CE, en relación con la situación de las trabajadoras que optan por ejercer el derecho a la reducción de jornada por razón de guarda legal previsto en el artículo 37.5 LET.

3. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en su Auto de 14 de diciembre de 2006 en las consideraciones que seguidamente se expresan:

Afirma la Sala, en primer lugar, que su fallo depende de la validez de la norma legal cuestionada, porque entiende que en aplicación del artículo 211.1 LGSS el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) debería ser estimado. La Sala considera que lo dispuesto en la norma cuestionada impediría otorgar a la demandante en el proceso a quo la prestación por desempleo en la cuantía que solicita, dado que, al haberse acogido al derecho de jornada reducida por guarda legal de su hija menor de seis años (con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones a la Seguridad Social y a la protección por desempleo), previsto en el artículo 37.5 LET, el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo resulta afectado por el periodo de cotización reducida que ha tenido dentro de los ciento ochenta días anteriores a la fecha en que pasó a la situación legal de desempleo. Por lo demás, la Sala invoca el ATC 56/2006, de 15 de febrero, FJ 2, en el que, respecto de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la propia Sala sobre el mismo precepto legal y en un supuesto idéntico (e inadmitida por falta del trámite de audiencia), el Tribunal Constitucional admitió la suficiencia del juicio de relevancia.

A juicio de la Sala, el artículo 211.1 LGSS contraviene los artículos 9.2, 14 y 39 CE, sin que sea posible la adecuación de la norma cuestionada a la de los referidos preceptos constitucionales por vía interpretativa, toda vez que el tenor del artículo 211.1 LGSS es categórico, al no contemplar excepciones, ni siquiera en el supuesto del derecho previsto en el artículo 37.5 LET, a lo que se añade que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en casación para la unificación de doctrina, ha revisado a partir de su Sentencia de 2 de noviembre de 2004 su anterior doctrina sobre cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo en el supuesto de reducción de jornada por guarda legal, estableciendo ahora que para ese cálculo hay que estar a la base de cotización por dicha contingencia correspondiente a los ciento ochenta días anteriores al inicio de la prestación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 211.1 LGSS.

Argumenta, asimismo, la Sala que el artículo 211.1 LGSS vulnera el artículo 14 CE (en su dimensión de prohibición de discriminación por razón de sexo), en relación con el artículo 9.2 CE (promoción de la igualdad real y efectiva por los poderes públicos) y el artículo 39 CE (protección de la familia). Es un hecho notorio —se razona—, avalado por la estadística (se cita al efecto información proveniente del Consejo Económico y Social y de la encuesta de población activa), que son las mujeres trabajadoras quienes fundamentalmente se acogen al derecho de reducción de jornada contemplado por el artículo 37.5 LET y que la tasa de desempleo afecta en mayor porcentaje a las mujeres. Quiérese decir, en suma, que el derecho que consagra el artículo 37.5 LET es mayoritariamente ejercido por las mujeres, en función de los roles sociales vigentes sobre las tareas domiciliarias y de atención de los hijos, lo que determina, en el caso de la prestación por desempleo, por aplicación de la regla de cálculo del artículo 211.1 LGSS, que las trabajadoras que se acogen a dicho derecho a la reducción de jornada se ven perjudicadas en la cuantía de sus futuras prestaciones por desempleo, lo que constituye, a juicio de la Sala, un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al artículo 14 CE, así como a los artículos 9.2 y 39.2 CE. Invoca al respecto la Sala la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, en relación con la cotización en los contratos de trabajo a tiempo parcial, así como la normativa y jurisprudencia comunitaria sobre discriminación indirecta por razón de sexo que en la misma se cita y concluye que, siendo el artículo 211.1 LGSS un precepto de redacción aparentemente neutra, pues regula en abstracto los criterios para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, en realidad dicho precepto, como lo demuestran los datos estadísticos que se aportan, impacta de forma negativa sobre el colectivo de mujeres trabajadoras, lo que hace perder neutralidad a la norma cuestionada, que constituye un supuesto de discriminación indirecta contra la mujer trabajadora, pues no existe justificación para la imprevisión del legislador en esta materia, al no haber reformado, en aras a la igualdad de oportunidades y a la protección de la familia, el criterio de acceso a la prestación por desempleo en el supuesto de reducción de jornada por cuidado de menores u otros familiares.

A todo ello añade la Sala que si se compara el supuesto de la reducción de jornada por razones de guarda legal con la excedencia voluntaria por cuidado de hijos, en la que la suspensión del contrato opera como un paréntesis a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, resulta que se hace de peor condición a las mujeres que optan por mantener el vínculo laboral, aunque con jornada reducida, frente a quienes optan por la excedencia, desvinculándose temporalmente del mercado laboral.

4. Mediante providencia de 13 de marzo de 2007, la Sección Primera de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el artículo 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días alegase lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, por si fuere notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones con fecha 10 de abril de 2007. Comienza señalando que es dudoso el cumplimiento del juicio de relevancia, toda vez que lo cuestionado por la Sala proponente no es un específico mandato normativo para un supuesto de hecho, sino, precisamente, la ausencia de una regulación que prevea aplicar las bases de cotización de la prestación por desempleo correspondientes a jornada completa en aquellos casos en los que haya existido una previa reducción de jornada como consecuencia de la dedicación al cuidado de los hijos menores, evitando así el efecto discriminatorio para las mujeres de la insuficiente regulación actual de la materia. No obstante, el propio Fiscal General del Estado reconoce que este Tribunal ha admitido en su ATC 56/2006, de 15 de febrero, la concurrencia del juicio de relevancia en una cuestión semejante planteada también por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre el mismo precepto legal (si bien dicha cuestión fue inadmitida por incumplimiento del trámite de audiencia).

En cuanto al fondo del asunto, el Fiscal General del Estado considera que, si bien la prestación por desempleo es una prestación contributiva, que depende, por tanto de las

cotizaciones efectuadas por el sujeto protegido, lo cierto es que la actual regulación conlleva un efecto de discriminación indirecta para la mujer trabajadora, lesiva del artículo 14 CE, por cuanto son las mujeres quienes se acogen mayoritariamente al derecho a la reducción de jornada por guarda legal previsto en el artículo 37.5 LET, con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones a la Seguridad Social durante el tiempo en que permanecen en dicha situación de jornada reducida, lo que determina, en caso de desempleo, una prestación de cuantía inferior a la que les correspondería de haber trabajado y cotizado a tiempo completo en ese periodo. De modo que la menor cuantía de la prestación a percibir en estos casos supone una diferencia de trato por razón de sexo con relación a los trabajadores varones, que en un porcentaje mucho más reducido se acogen al derecho contemplado en el artículo 37.5 LET. En atención a ello, propone el Fiscal General del Estado la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 211.1 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), por vulneración de los artículos 9.2, 14 y 39 CE, al entender que los periodos en los que la mujer trabaja a tiempo parcial por haberse acogido al derecho de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años o familiar a cargo (art. 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: LET), deberían computarse como si se hubiera desempeñado la jornada a tiempo completo a efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo que pueda causar la mujer, de modo que, al no contemplarlo así la normativa vigente, se produce un efecto de discriminación indirecta por razón de sexo, por cuanto son las mujeres quienes se acogen mayoritariamente al derecho a la reducción de jornada por guarda legal previsto en el artículo 37.5 LET. Por su parte, el Fiscal General del Estado interesa la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

El tenor literal del artículo 211.1 LGSS es el siguiente:

«1. La base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior.

En el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo se excluirá la retribución por horas extraordinarias, con independencia de su inclusión en la base de cotización por dicha contingencia fijada en el artículo 224 de esta Ley. A efectos de ese cálculo dichas retribuciones tampoco se incluirán en el certificado de empresa.»

2. Conviene precisar que, en rigor, lo que se plantea por la Sala proponente es un problema de inconstitucionalidad por omisión o «insuficiencia normativa», en la medida en que el legislador no ha contemplado expresamente, al establecer la regla general de cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, una regla específica referida al supuesto de ejercicio del derecho a la reducción de jornada previsto en el artículo 37.5 LET.

La Sala proponente de la cuestión considera que el legislador ha permitido así que se produzca un efecto de discriminación indirecta contra la mujer trabajadora (por ser las mujeres quienes, en la mayoría de los casos, como revela la estadística, se acogen a dicha modalidad de conciliación de la vida laboral y familiar), al no contemplar una regla por la cual la base reguladora (y, por tanto, la cuantía) de la prestación por desempleo, en los casos en que la situación de desempleo viene precedida de algún periodo de reducción de jornada por guarda legal de un menor de seis años o de un discapacitado (con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones sociales), se calcule durante ese periodo no sobre lo efectivamente cotizado, sino sobre las cotizaciones que se habrían efectuado de haberse mantenido la trabajadora en dicho periodo a jornada completa. En suma, a juicio de la Sala proponente de la cuestión, el legislador habría incurrido en inconstitucionalidad por omisión al no contemplar una regla de cotizaciones

ficticias en estos casos, de forma que el derecho a la prestación por desempleo no se vea afectado por la situación familiar.

Pues bien, como se recuerda en el ATC 56/2006, de 15 de febrero, FJ 2, y el ATC 200/2007, de 27 de marzo, FJ 2, con cita de las SSTC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6; 156/2005, de 9 de junio; FJ 3, y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9, en las que se abordaban cuestiones de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, en estos casos la estimación de la cuestión determinaría, desde luego, la declaración de la inconstitucionalidad del precepto enjuiciado, aunque no su nulidad, porque la declaración de nulidad, amén de no reparar en nada la inconstitucionalidad apreciada, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable. Por ello se concluye que la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que solucione en un plazo razonable la tacha de inconstitucionalidad apreciada, en su caso.

3. Asimismo conviene tener en cuenta que la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (publicada en el «BOE» número 71, de 23 de marzo de 2007, y en vigor desde el día siguiente), contiene una disposición adicional (disposición adicional decimoctava, trece) por la que se añade al artículo 211 LGSS un nuevo apartado, el número 5, que da respuesta expresa al problema aquí examinado, al establecer lo siguiente:

«En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los apartados anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada.»

Debe advertirse, no obstante, que, conforme a la reiterada doctrina constitucional al respecto (por todas, SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 3; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 3, y 63/2003, de 27 de marzo, FJ 3), el presente proceso constitucional no ha perdido su objeto, dado que el cambio normativo que se ha producido en la materia como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, carece de efectos retroactivos, de suerte que la nueva regulación contenida en el artículo 211.5 LGSS no resulta aplicable en el proceso social en cuyo seno se ha suscitado la cuestión de inconstitucionalidad.

4. Efectuadas las precisiones que anteceden, es necesario recordar una vez más que el artículo 37.1 LOTC habilita a este Tribunal a rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales requeridas, o cuando la cuestión planteada fuere notoriamente infundada.

En este sentido hemos declarado reiteradamente que el concepto de «cuestión notoriamente infundada» encierra un cierto grado de indefinición, el cual se traduce procesalmente en la necesidad de otorgar a este Tribunal un determinado margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (AATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995,

de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 229/1999, de 28 de septiembre, FJ 2; 119/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 311/2000, de 19 de diciembre, FJ 3; 46/2001, de 27 de febrero, FJ 2; 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3; 28/2002, de 26 de febrero, FJ 3; 269/2003, de 15 de julio, FJ 2 y 63/2004, de 24 de febrero, FJ 2, entre otros muchos).

En atención a esta consolidada doctrina debemos señalar que las dudas expresadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre la constitucionalidad del artículo 211.1 LGSS, desde la perspectiva de la presunta vulneración del artículo 14 CE (en su dimensión de prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo), en relación con los artículos 9.2 y 39 CE, no resultan suficientes para justificar la admisión a trámite de la presente cuestión, como hemos declarado en nuestro ATC 200/2007, de 27 de marzo, en relación con otra cuestión de inconstitucionalidad planteada con similares fundamentos a la presente (aunque en relación con el art. 140.2 LGSS).

5. Es innegable (y la información estadística que se menciona en la fundamentación del Auto de planteamiento de la cuestión así lo corrobora), que son las mujeres trabajadoras quienes de manera mayoritaria se acogen al derecho, previsto en el artículo 37.5 LET, a la reducción de jornada por razones de guarda legal del hijo menor de seis años o discapacitado (o de otros familiares en los términos que señala el referido precepto, introducido en nuestro ordenamiento por la redacción original de 1980 del Estatuto de los trabajadores, modificado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras), con la consiguiente reducción proporcional del salario y, en consecuencia, de las cotizaciones a la Seguridad Social, de acuerdo con el principio de contributividad que inspira a nuestro sistema de Seguridad Social, al igual que sucede en el caso del contrato a tiempo parcial (art. 12 LET), que también es una figura que afecta mayoritariamente a las mujeres trabajadoras.

E igualmente es incuestionable que esa menor cotización derivada de la reducción de jornada y por tanto del salario, puede afectar a la cuantía de una eventual prestación por desempleo (o a otras prestaciones de Seguridad Social) que pueda en el futuro causarse por la trabajadora (o el trabajador, en su caso) que se haya acogido al derecho contemplado en el citado artículo 37.5 LET. Pues si, de conformidad con el artículo 211.1 LGSS, durante el periodo de cotización tomado en consideración para obtener la base reguladora de la prestación por desempleo el trabajador o trabajadora disfrutó en todo o en parte del derecho a reducción de jornada del artículo 37.5 LET, la menor base de cotización en ese periodo de jornada reducida determinará una base reguladora inferior para el cálculo de la prestación por desempleo y, con ello, una cuantía inferior de dicha prestación.

Ahora bien, lo expuesto no determina que la norma cuestionada (o, más exactamente, la ausencia en la Ley general de la Seguridad Social de una excepción a la regla general, en el sentido de considerar como cotizado a jornada completa el periodo de jornada reducida disfrutado con arreglo al art. 37.5 LET) constituya un supuesto de discriminación indirecta de la mujer prohibido por el artículo 14 CE.

A tal efecto cabe señalar que la aplicación al presente caso de la STC 253/2004, de 22 de diciembre (cuya doctrina fue reiterada en SSTC 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo), en la que se declaró la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo segundo del artículo 12.4 LET, según la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo (en cuanto establecía que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas), Sentencia que se cita por la Sala de lo Social proponente en apoyo de su tesis, aboca en este caso, precisamente a la conclusión contraria, esto es, al rechazo de la pretendida inconstitucionalidad que se sostiene en el Auto de planteamiento de la cuestión.

En efecto, nótese que lo que discutido en el presente asunto no es el acceso a la prestación de Seguridad Social (requisito de carencia), sino la cuantía de la misma. En la STC 253/2004 se declaró la nulidad del precepto que penalizaba a los trabajadores a tiempo parcial en su carrera de seguro, al computar exclusivamente las horas trabajadas en cada jornada no sólo para calcular la base reguladora y con ello la cuantía de la

prestación de Seguridad Social (lo cual, la STC 253/2004 considera plenamente conforme con el artículo 14 CE, al margen de que el contrato a tiempo parcial sea una modalidad que afecte fundamentalmente a las mujeres), sino también para determinar los periodos de cotización o carencia de las prestaciones de Seguridad Social. Y así se razona en la STC 253/2004, FJ 6, que dicha regla, la relativa al cómputo del período de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial, quiebra el principio de igualdad consagrado por el artículo 14 CE, porque «conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios periodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial. En efecto, no resulta contrario al artículo 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora.

Ahora bien, la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los periodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos periodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia. De este modo no sólo se obtiene una pensión de cuantía inferior cuando en la vida laboral existen periodos de trabajo a tiempo parcial (lo cual, se insiste, es constitucionalmente legítimo por responder al menor esfuerzo contributivo realizado), sino que se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el periodo de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen periodos de cotización elevados, como sucede con la prestación de invalidez que se discute en el proceso de origen de la presente cuestión».

6. Así pues, la STC 253/2004 establece que resulta constitucionalmente legítimo, por responder al menor esfuerzo contributivo llevado a cabo, que las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación de menor cuantía en los supuestos de jornada reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar el importe de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora.

Este criterio se reitera por la STC 253/2004 al abordar el problema de la vulneración del artículo 14 CE también desde la dimensión de la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo. En efecto, en el fundamento jurídico 8 de la STC 253/2004 se señala que «el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca (como lo hace en la norma cuestionada) que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero lo que no aparece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar

el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos», por lo que también desde esta perspectiva se concluye que el precepto cuestionado lesiona el artículo 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

7. Debe, asimismo, advertirse, que el derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal previsto en el artículo 37.5 LET no es una norma novedosa que haya sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico después de dictarse la STC 253/2004, sino que, por el contrario, se trata de una institución jurídica muy anterior en el tiempo a dicho pronunciamiento, por lo que es obligado concluir que este Tribunal no dejó de tener presente esta institución jurídica al razonar en la STC 253/2004, FJ 6, que «es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora», precisión que se reitera, como ya se dijo, en el FJ 8, cuando se advierte que «el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca... que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa».

8. En suma, de la propia doctrina sentada en la STC 253/2004, invocada en el Auto de planteamiento, se desprende que las normas objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad son consecuencia del principio de contributividad que informa el sistema de Seguridad Social español, y no pueden considerarse lesivas del artículo 14 CE, en relación con los artículos 9.2 y 39 CE, ni desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad ante la ley, ni desde la perspectiva de discriminación indirecta por razón de sexo, que es la concretamente planteada por la Sala proponente de la cuestión para demandar un trato diferente favorable o promocional de quienes se han acogido al derecho contemplado en el artículo 37.5 LET, pues, en efecto, como ha quedado indicado, lo que reprocha la Sala proponente de la cuestión al legislador es que no haya establecido para dicho supuesto una excepción respecto de la norma general establecida para todos los beneficiarios (hombres y mujeres), considerando como cotizado a tiempo completo el periodo trabajado y cotizado en esa situación de jornada reducida por razón de guarda legal de menor de seis años o discapacitado.

Sin embargo, que la regulación legal vigente en el momento del planteamiento de la presente cuestión no contemple una norma específica que permita considerar como cotizados a jornada completa, a efectos del cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social, los periodos trabajados (y cotizados) a jornada reducida (por razones de guarda legal, por trabajo a tiempo parcial, etc.), no determina la inconstitucionalidad por omisión que pretende la Sala proponente, por las razones expuestas, siendo al legislador a quien, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de la Seguridad Social, le corresponde decidir (dentro del respeto a la garantía institucional consagrada por el art. 41 CE), acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 361/1993, de 3 de diciembre, FJ 2; y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, por todas, así como AATC 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 3, y 200/2007, de 27 de marzo, FJ 7), como efectivamente lo ha hecho, conforme antes quedó expuesto, mediante la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, cuya disposición adicional decimoctava, trece, añade al artículo 211 LGSS un nuevo apartado 5, que establece que en los supuestos de reducción de jornada previstos en el artículo 37 LET, para el cálculo



de la base reguladora de la prestación de desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

Por todo lo cual, el Pleno

#### ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil nueve.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formulan la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde y la Magistrada doña Elisa Pérez Vera al Auto recaído en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 563-2007, al que se adhieren los Magistrados don Eugeni Gay Montalvo y don Pablo Pérez Tremps*

Con el debido respeto a la decisión mayoritaria nos vemos obligadas a manifestar de nuevo nuestra firme discrepancia respecto de la decisión de inadmisión acordada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 563-2007, tal como hicimos ya en el Voto particular que formulamos frente al ATC 200/2007, de 27 de marzo, que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara respecto del artículo 140.2, en relación con el artículo 109.1, apartado 1, ambos del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, por vulneración del artículo 14 CE (por producir una discriminación indirecta por razón de sexo femenino), al no computarse como trabajo a tiempo completo los períodos en que la mujer trabajaba a tiempo parcial por haberse acogido al derecho de reducir su jornada «por razones de guarda legal» (para el cuidado de menores o de personas con discapacidad o de familiares en los términos reconocidos en el artículo 37.5 del texto refundido del Estatuto de los trabajadores) a efectos del cálculo de la base reguladora (y, en consecuencia, de la cuantía) de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes.

1. En el presente caso la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cuestiona la constitucionalidad del artículo 211.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) sobre cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo (con anterioridad a la adición del nuevo apartado 5 al citado precepto legal por la disposición adicional decimonovena, 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres) por vulnerar, en su entendimiento, los artículos 14 (en su dimensión de prohibición de discriminación por razón de sexo), 9.2 (promoción de la igualdad real y efectiva por los poderes públicos) y 39 CE (protección de la familia) en su aplicación a las trabajadoras que optan por ejercer el derecho de reducción de jornada por guarda legal regulado en el artículo 37.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET). El precepto legal cuestionado, al no contemplar una regla específica referida al supuesto de ejercicio del derecho de reducción de jornada dicho, discrimina indirectamente a las mujeres que son quienes se acogen mayoritariamente a dicho derecho. Frente a este planteamiento, que el Fiscal General del Estado acoge solicitando la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad, el Auto del que abiertamente nos separamos considera que las dudas expuestas de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña «no resultan suficientes para justificar [su] admisión a trámite» (FJ 4), siendo por ello aquella «notoriamente infundada» (art. 37 LOTC). Reconoce el Auto («es innegable»), y así lo corrobora la información estadística proporcionada por el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que «son las mujeres trabajadoras quienes de manera mayoritaria se acogen al derecho, previsto en el artículo 37.5 LET, a la reducción de jornada por razones de guarda legal...

con la consiguiente reducción proporcional del salario y, en consecuencia, de las cotizaciones a la Seguridad Social, de acuerdo con el principio de contributividad que inspira a nuestro sistema de Seguridad Social, al igual que sucede en el caso del contrato a tiempo parcial (art. 12 LET), que también es una figura que afecta mayoritariamente a las mujeres trabajadoras». Reconoce igualmente el Auto que «esa menor cotización derivada de la reducción de jornada y por tanto del salario puede afectar a la cuantía de una eventual prestación por desempleo (o a otras prestaciones de la Seguridad Social) que pueda en el futuro causarse por la trabajadora (o el trabajador, en su caso) que se haya acogido al derecho contemplado en el citado artículo 37.5 LET. Pues si, de conformidad con el artículo 211.1 LGSS, durante el período de cotización tomado en consideración para obtener la base reguladora de la prestación por desempleo el trabajador o trabajadora disfrutó en todo o en parte del derecho a la reducción de jornada del artículo 37.5 LET, la menor base de cotización en ese período de jornada reducida determinará una base reguladora inferior para el cálculo de la prestación por desempleo y, con ello, una cuantía inferior de dicha prestación» (FJ 5). Sin embargo, concluye, con base en la doctrina sentada en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que la norma legal cuestionada no constituye «un supuesto de discriminación indirecta de la mujer prohibido por el artículo 14 CE» (FJ 5).

2. Según nuestro criterio, las dudas de constitucionalidad del órgano judicial promovente de la cuestión justificaban su admisión a trámite, no siendo de aplicación para su resolución la doctrina de la STC 253/2004 según pasamos a razonar.

Como dijimos en el Voto particular discrepante del ATC 200/2007, el fundamento que el artículo 39 CE presta a la finalidad de estos supuestos de reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de menores y familiares impide su tratamiento indiferenciado en el seno del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial sobre el que se pronunció la citada STC 253/2004. La regulación legal cuestionada produce, por omisión o insuficiencia normativa, un perjuicio o tratamiento peyorativo en los derechos de Seguridad Social (cálculo de la base reguladora de las prestaciones y de su cuantía en función de las cotizaciones efectuadas, reducidas como consecuencia de la reducción del tiempo de trabajo y proporcionalmente del salario) de quienes se acogen al derecho de reducir su jornada de trabajo reconocido legalmente para satisfacer valores de protección de la familia constitucionalmente reconocidos. Tan relevante finalidad hace que la cuestión planteada no pueda asimilarse a la resuelta por la STC 253/2004. Al contrario, siendo determinante la finalidad constitucional de la referida modificación del contrato de trabajo consistente en la reducción del tiempo de la prestación de trabajo con la disminución proporcional del salario, no es legítimo ignorarla en el enjuiciamiento constitucional de la norma legal cuestionada sobre la base de considerar que quienes hacen uso del derecho de reducción de jornada legalmente previsto en orden a la protección de la familia y de los hijos (art. 37.5 LET y art. 39 CE) están en la misma situación, o ejerciendo un derecho de igual naturaleza, que quienes prestan sus servicios a tiempo parcial o reducen su jornada de trabajo por razones diferentes.

3. Igualmente relevantes son los hechos notorios, avalados por la estadística según el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que cita información del Consejo Económico y Social y de la encuesta de población activa que, de un lado, son las mujeres trabajadoras quienes mayoritariamente se acogen al derecho de reducción de jornada «ex» artículo 37.5 LET y, de otro, son también las mujeres las afectadas por el desempleo en mayor porcentaje que los hombres. De la regulación «aparentemente neutra» del artículo 211.1 LGSS resulta entonces que las mujeres trabajadoras que se acogen al derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos menores o de familiares mayores se ven perjudicadas en la cuantía de sus futuras prestaciones por desempleo, lo que, a juicio de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE, así como por los artículos 9.2 y 39 CE. El Auto que no compartimos rechaza «la pretendida inconstitucionalidad que se sostiene en el Auto de planteamiento de la

cuestión» de nuevo con la doctrina de la STC 253/2004, razonando que la regulación legal cuestionada no impide el acceso a la prestación de desempleo (requisito de carencia o de períodos de cotización), sino que se proyecta únicamente sobre su cuantía, reduciéndola, al computar exclusivamente las horas trabajadas en cada jornada para calcular la base reguladora y la cuantía de la prestación, lo que la STC 253/2004 considera plenamente conforme con el artículo 14 CE «al margen de que el contrato a tiempo parcial sea una modalidad que afecte fundamentalmente a las mujeres» (FJ 5). La legitimidad constitucional de la regulación legal se justifica en la fundamentación del Auto en la correspondencia de la inferior cuantía de la prestación resultante de la regla de cálculo de su base reguladora con el menor esfuerzo contributivo realizado, sin que la inexistencia de una norma específica dirigida a considerar como cotizados a jornada completa «los períodos trabajados (y cotizados) a jornada reducida (por razones de guarda legal, por trabajo a tiempo parcial, etc.)» determine «la inconstitucionalidad por omisión que pretende la Sala proponente ... siendo al legislador a quien, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de Seguridad Social, le corresponde decidir (dentro del respeto a la garantía constitucional consagrada por el artículo 41 CE) acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales», como así lo ha hecho a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, adicionando un nuevo apartado 5 al artículo 211 LGSS.

Es fácil advertir que la fundamentación jurídica expuesta hace caso omiso de los derechos de fuente constitucional (de protección de la familia) que están en el origen de los supuestos de reducción de jornada considerados. No se trata sólo de que el contrato a tiempo parcial sea una modalidad contractual que afecte fundamentalmente a las mujeres. De lo que se trata singularmente en este caso es de que estas específicas situaciones de jornada reducida a las que se acogen mayoritariamente las mujeres para el cuidado de hijos, acogidos y familiares, que pueden tener lugar tanto a partir de un contrato de trabajo a tiempo completo como dentro de la propia modalidad contractual del trabajo a tiempo parcial, producen consecuencias negativas en sus futuras prestaciones de Seguridad Social. Resulta así que de una regulación legal aparentemente neutra —el art. 211.1 LGSS— se derivan consecuencias desventajosas para las personas de sexo femenino respecto de las de sexo masculino en las futuras prestaciones de desempleo que puedan causar, desventajas producidas precisamente por la atención por aquéllas de necesidades familiares tuteladas por la Constitución que, es patente, no pueden identificarse en todo caso con las necesidades atendidas a través de la prestación de trabajo a tiempo parcial. Es obligado reiterar que, con independencia de su regulación en el plano de la legalidad, las razones de estas reducciones del tiempo de trabajo no constituyen una situación mas de trabajo a tiempo parcial en el plano constitucional al estar en juego la satisfacción de intereses constitucionalmente relevantes como son la protección de los hijos y de la familia (art. 39 CE). Siendo esto así, los tratamientos desfavorables o peyorativos que la regulación del artículo 211.1 LGSS causa a las mujeres, sobre las que mayoritariamente recae hasta el momento la asunción de las obligaciones familiares según la realidad pone incontestablemente de manifiesto, no pueden, en nuestra opinión, encontrar justificación objetiva y razonable en la aplicación de la regla de proporcionalidad estricta —propia del Derecho de la Seguridad Social— para determinar las cuantías de las prestaciones que se corresponden con las cotizaciones efectivamente realizadas, menores al ser la jornada reducida y menor el salario por razones familiares.

Por ello, el examen liminar de la cuestión de inconstitucionalidad planteada a la luz de la doctrina de la STC 253/2004 resulta equivocado, pues si bien es cierto que la citada Sentencia «no dejó de tener presente» el «principio de contributividad» para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones (al considerar «razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación mas reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora»: FJ 6), no lo es menos que aquella Sentencia no tuvo en cuenta, pese a lo que

afirma el Auto (a partir del simple hecho de la vigencia del derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal en el momento de dictarse la STC 253/2004: FJ 7), estos específicos supuestos de reducción de jornada del artículo 37.5 LET ni su dimensión constitucional de acuerdo con los valores de protección familiar a que responden, sino únicamente el trabajo a tiempo parcial como específica modalidad contractual laboral y en su afectación mayoritaria a las mujeres como demuestra la lectura de su fundamentación jurídica (en concreto, la regulación del párrafo 2 del art. 12.4 LET, en la redacción del Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, sobre cómputo exclusivo de las horas trabajadas en la determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, cuya inconstitucionalidad y nulidad declaró). De aquella decisión está ausente esta particular significación constitucional.

En suma, no siendo la cuestión ahora suscitada notoriamente infundada, debió ser admitida a trámite.

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil nueve.–María Emilia Casas Baamonde.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.