|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 61/2018 |
| Fecha | de 5 de junio de 2018 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón. |
| Núm. de registro | 1245-2018 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1245-2018 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 8 de marzo de 2018 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal oficio del Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia, al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento núm. 778-2016 que se tramita ante dicho Juzgado, el Auto de 26 de febrero de 2018, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social.

2. Los hechos que pueden ser relevantes en este proceso constitucional son los siguientes:

a) El 11 de octubre de 2016 la entidad gestora de la Seguridad Social reconoció a la parte actora en el procedimiento a quo el derecho a percibir el 100 por 100 de la pensión sobre una base reguladora mensual de 2.906,25 €, con efectos económicos desde el 10 de octubre de 2016, y pensión inicial en cuantía máxima de 2.567,28 € mensuales.

b) Desestimada la reclamación previa mediante resolución de 15 de noviembre de 2016, la parte actora interpuso demanda contra el Instituto Nacional de Seguridad Social para reclamar una pensión de jubilación en cuantía inicial de 2.759,83 €, al entender que la resolución de 11 de octubre de 2016 no resultaba ajustada a derecho, al no haberle sido aplicado el complemento de pensión por haber tenido hijos regulado en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social: de serle aplicado, le correspondería un complemento de pensión del 15 por 100 de la cuantía inicial de pensión reconocida, si bien, al percibir la pensión máxima, tal incremento habría de serlo del 50 por 100 de la cantidad correspondiente, ascendiendo a 192,55 € el importe del complemento que consideraba debería serle adicionado a la pensión de jubilación inicial.

La demanda argumenta que la regulación del complemento por maternidad, cuya finalidad se dice que es compensar a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social, es discriminatoria por razón de sexo, en relación con los hombres, pues es difícil encontrar una causa que justifique el diferente trato, siendo la de la aportación demográfica común al hombre y a la mujer. En consecuencia, en el otrosí segundo de la demanda se insta a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, alegando que el fondo del asunto se refería a la violación de los derechos fundamentales por discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), que se producía en una norma de rango de ley (art. 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015), por lo que el fallo que se dictase dependería de la validez de dicha norma, que se consideraba contraria a la Constitución.

Adicionalmente, argumenta que la normativa es contraria a la Directiva 79/7/CEE, de 7 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, sin que pudiera entenderse justificado el complemento de pensión en las excepciones establecidas en los artículos 4.2 y 7 de la Directiva.

c) Por providencia de 19 de diciembre de 2017, la Magistrado-Juez acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por el término de diez días sobre el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, “al entenderlo vulneratorio del art. 14 CE por ser discriminatorio por razón de sexo”.

d) Por escrito de 23 de enero de 2018, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social formuló alegaciones a favor de la constitucionalidad del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015. En sus alegaciones argumentó que el precepto no incurre en ninguna de las discriminaciones prohibidas por el artículo 14 CE, pues atiende a la consecución real de la igualdad que dicho precepto reclama, lo que en ocasiones puede obligar a dar cierto trato desigual para recomponer las consecuencias de prácticas sociales y legislativas que han supuesto obstáculos históricos para alcanzar la igualdad, en este caso entre hombre y mujeres, en la esfera de la protección del sistema de Seguridad Social.

En síntesis, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social adujo los siguientes argumentos: (i) el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015 es plasmación del mandato que contiene el artículo 9.2 CE; (ii) el complemento por maternidad del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015 constituye una medida de discriminación positiva para hacer efectivo el principio de igualdad de hombres y mujeres; (iii) en materia de acción protectora del régimen público de Seguridad Social, es notoria la diferencia en favor del sexo masculino de los importes de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente de hombres y mujeres, que obedece a dos factores: la brecha salarial y el rol de la mujer en el cuidado de los hijos, que determina una reducción de la actividad laboral o bien su abandono temporal o definitivo; (iv) sobre esta realidad social se proyecta la medida legal cuestionada, esto es, dentro de las políticas de discriminación positiva dirigidas a hacer efectivo el principio de igualdad entre los sexos; (v) la medida resulta proporcionada, atendiendo a los porcentajes que se contemplan (entre el 5 y el 15 por 100).

Finalmente, invocando la STC 19/1989, de 32 de enero, el letrado concluyó afirmando que puede que la expresión “aportación demográfica” que utiliza el precepto legal no sea la más feliz para amparar el incremento de la pensión; pero no crea ninguna discriminación sino que se limita a otorgar una ventaja a un colectivo que, en un análisis de la situación social y laboral, ha estado claramente discriminado.

e) En escrito firmado el 24 de enero de 2018, la parte actora comenzó invocando diversas Sentencias del Tribunal de Justicia en relación con la Directiva 79/7/CEE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social: Sentencias de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto Griesmar; de 17 de julio de 2014, C-172/13, asunto Maurice Leone; y de 3 de septiembre de 2014, C-318/13, asunto X. Asimismo sostuvo que el juzgado puede aplicar directamente la normativa comunitaria sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad ni cuestión prejudicial. No obstante, ya que el órgano judicial optaba por plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la parte actora anunció que dirigiría sus restantes alegaciones a analizar la inconstitucionalidad del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015. Argumentó que la regulación del complemento de maternidad en los términos del citado precepto es discriminatoria por razón de sexo, en relación con los hombres, pues es difícil encontrar una causa que justifique el diferente trato y la indicada de la aportación demográfica a la Seguridad Social es una causa común a la mujer y al hombre. Aduce que la justificación de la mejora está vinculada a perjuicios que haya podido sufrir la mujer en relación al hombre como consecuencia de su aportación demográfica a la Seguridad Social, aplicándose a todas las mujeres con hijos, aunque hayan estado trabajando y no hayan perdido cotizaciones como consecuencia del número de hijos.

f) Por diligencia de ordenación de 13 de febrero de 2018 se remitió al Ministerio Fiscal, conforme a lo previamente interesado por aquel el 9 de febrero de 2018, la providencia de 19 diciembre de 2017 así como la demanda presentada. Por escrito de 20 de febrero de 2018, el Fiscal no se opuso al planteamiento de la cuestión al reunirse los requisitos procesales, “sin entrar en el fondo del asunto, sobre el que se tendrá que pronunciar el Fiscal ante el Tribunal Constitucional”.

g) Mediante Auto de 26 de febrero de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social.

3. Tras reproducir íntegramente el precepto legal cuestionado (art. 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015), el Auto de planteamiento razona así sobre la duda y su relevancia para resolver el litigio:

“De la dicción de dicho precepto, qué duda cabe que lo regulado es un complemento por maternidad (aplicable sólo a las mujeres) en las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad de carácter contributivo, tanto en el Sistema de Clases Pasivas del Estado como en el Sistema de Seguridad Social, cuya constitucionalidad por vulneratorio al principio de igualdad por razón de sexo consagrado en el art. 14 del C.E. es denunciada por la parte actora, albergando las mismas dudas a esta Juzgadora, así como al Ministerio Fiscal, y dependiendo de la validez de dicho precepto con rango de ley, aplicable al caso, el fallo de la Resolución que se dicte, resultando por ello procedente, conforme al art. 163 de la Constitución, en relación con los arts. 35 a 37 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, plantear cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, acordando la suspensión provisional de las presentes actuaciones hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión, permaneciendo, en caso de admitirse, suspendido el presente proceso hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión”.

Y en su parte dispositiva el Auto de planteamiento alude a que el precepto legal mencionado “puede estar incurso en inconstitucionalidad mediata o indirecta, por vulnerar el art. 14 de la Constitución, por ser dicho precepto aplicable al caso y de cuya validez depende la Resolución que dicte”.

4. Por providencia de 24 de abril de 2018, la Sección Primera del Tribunal Constitucional acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, y a los efectos que determina el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), alegase lo que considerase conveniente “acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por falta de fundamentación de la duda de inconstitucionalidad y por si fuese notoriamente infundada”.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 18 de mayo de 2018.

a) Por lo que respecta a la existencia de óbices procesales, afirma que “no parece que el Auto contenga una fundamentación suficiente de la duda de constitucionalidad”. Señala que la jurisprudencia constitucional reitera que, para cumplir con las exigencias contenidas en el artículo 35 LOTC, no basta con que el Auto de planteamiento cite las normas de cuya constitucionalidad se duda y los preceptos constitucionales que se suponen infringidos, sino que es preciso también que el órgano judicial exteriorice en él el razonamiento que le ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de la norma aplicable, sin que pueda limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin aducir las razones que la abonan, pues la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación o a través de impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada (SSTC 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3; y 110/2015, de 28 de mayo, FJ 3, y ATC 100/2017, de 4 de julio, FJ 5). En aplicación de dicha doctrina, se considera que la fundamentación del Auto de planteamiento, antes transcrita, “no cumple con esa carga de alegar suficientemente la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, pues simplemente viene a expresar la duda, sin una argumentación expresa, o como máximo, se podría decir que fundamenta la duda de constitucionalidad de la norma únicamente en el hecho de que la misma se refiere solo a las mujeres”. Esa carencia de mayor análisis contrasta, señala el Fiscal General del Estado, con el contenido de las consideraciones que efectúan tanto el escrito del Letrado de la Administración de la Seguridad Social como el del demandante, que “van más allá de la cuestión del sexo de las personas a quienes se refiere la norma, para fundamentar con mayor amplitud, los aspectos jurídicos que justificarían o descartarían la contradicción del artículo cuestionado con el principio de igualdad, en orden a pronunciarse respectivamente a favor o en contra del planteamiento de la cuestión”. Desde este prisma, se concluye, “el argumento sobre la duda de constitucionalidad es tan simple, que difícilmente puede considerarse que el órgano judicial haya realizado una fundamentación adecuada sobre la duda de la constitucionalidad de la norma, pues aparte de la existencia de múltiples normas que establecen un tratamiento diferente para hombres y para mujeres y de las que nadie cuestiona su constitucionalidad, por ejemplo en la legislación social, todas las relativas a la baja y prestaciones de la seguridad social derivadas del embarazo y del parto, hay asimismo bastantes otras cuya constitucionalidad ha sido planteada y respecto de las cuales se ha considerado que la diferencia de trato favorable a la mujer estaba justificada por diferentes motivos, sustancialmente para procurar una real y eficaz equiparación con el hombre en aplicación del art. 9.2 CE, al que hace referencia el escrito de la Seguridad Social”. En cualquier caso, en dicha fundamentación no se incide en el término de comparación, que no son todos los hombres frente a todas las mujeres, sino entre las madres y los padres que hayan tenido al menos dos hijos.

b) A continuación analiza si la cuestión sería también inadmisible por ser notoriamente infundada, análisis que se realiza —según se indica— con base en los argumentos planteados por el demandante y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Dos serían las líneas argumentales fundamentales para determinar si está justificada o no desde el punto de vista constitucional esa diferencia de trato entre las madres y los padres de dos o más hijos.

La razón que oficialmente justifica la diferencia de trato es la aportación demográfica a la Seguridad Social. El Fiscal General considera que la argumentación del demandante de que también los hombres contribuyen a esa demografía desde el punto de vista biológico es demasiado simplista, pues la diferencia de esfuerzo que se requiere para la materialización de esa aportación demográfica en el cuerpo del hombre y de la mujer es desigual. El esfuerzo físico del hombre acaba en el momento de la fecundación, mientras que sobre el cuerpo de la mujer se producen, a lo largo de nueve meses, una serie de cambios hormonales y físicos en cuanto a peso, volumen, actividad alterada de sus órganos, etc., que le suponen un evidente mayor esfuerzo, que tiene su momento de culminación y mayor exigencia en el momento del parto. En suma, si el esfuerzo personal de hombres y mujeres para que se produzca esa “aportación demográfica a la seguridad social” es tan dispar, no parece que establecer una compensación solo para las mujeres que han tenido que sobrellevar al menos dos embarazos y partos sea vulneradora del principio de igualdad.

No obstante, como la prestación se concede también a las mujeres que han tenido hijos adoptivos y no se distingue entre adopción nacional e internacional, el Fiscal General considera que debe buscarse una fundamentación adicional a la diferencia de trato relacionada con la “aportación demográfica a la Seguridad Social”. Para ello acude al escrito del Letrado de la Administración de la Seguridad Social que, al oponerse al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, justificó la diferencia de trato en dos motivos: la brecha salarial que se traslada a las cotizaciones y acaba determinando el importe de las pensiones, y el rol tradicional de la mujer en el cuidado de los hijos. De acuerdo con el primer motivo, no parece que sea inconstitucional utilizar una medida de discriminación positiva con el fin de reparar los efectos de la brecha salarial, aunque sea solo para madres de dos o más hijos y la reparación solo opere en el momento de la jubilación. Igualmente, dado que la dedicación al cuidado de los hijos ha sido tradicionalmente mayor por parte de las mujeres, y se ha traducido en muchas ocasiones en la reducción o en la incorporación tardía a la actividad laboral e incluso en su abandono temporal o definitivo, la discriminación positiva que el precepto cuestionado supone estaría dirigido a compensar ese obstáculo en la equiparación entre hombres y mujeres. Y desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida, requisito exigido por la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de igualdad (SSTC 88/2005 y 110/2015), la regulación cuestionada no conduce a un resultado desproporcionado, pues se trata simplemente de un complemento de la pensión, de un 5, 10 o 15 por 100 según el número de hijos, que no parece desproporcionado si lo relacionamos con la brecha salarial entre hombres y mujeres y con la perdida de promoción profesional que ha venido suponiendo, para la mayoría de las mujeres que están accediendo ahora a la jubilación obligatoria, su tradicional dedicación al cuidado de los hijos.

Con apoyo en las consideraciones expuestas, el Fiscal General del Estado considera que la duda de constitucionalidad no está fundamentada y que no puede considerarse que la norma cuestionada vulnere precepto alguno de la Constitución y, en consecuencia, interesa que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 LOTC, se dicte Auto por el que acuerde su inadmisión, por entender que no está correctamente planteada y es notoriamente infundada.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia respecto del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social.

En síntesis, el mencionado artículo 60 reconoce un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido dos o más hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Ese complemento consiste en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado (el 5, el 10 o el 15 por 100) en función del número de hijos (dos, tres o cuatro o más). En caso de percibir la pensión máxima, el complemento se reduce al 50 por 100 de la cantidad correspondiente.

Como se ha expuesto en los antecedentes, el órgano judicial promotor de la cuestión considera que el precepto vulnera el principio de igualdad por razón de sexo consagrado en el artículo 14 CE. Por el contrario, el Fiscal General del Estado ha interesado la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un doble motivo, por falta de fundamentación de la duda de constitucionalidad y por considerarla notoriamente infundada.

2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) este Tribunal Constitucional puede rechazar en trámite de admisión, mediante Auto y con la sola audiencia del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que adolezcan de la falta de los necesarios requisitos procesales o que fueren notoriamente infundadas.

El Fiscal General del Estado alega que en la presente cuestión de inconstitucionalidad concurren los dos motivos de inadmisión. Por lo que respecta al primero, considera que la fundamentación del Auto de planteamiento “no cumple con esa carga de alegar suficientemente la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, pues simplemente viene a expresar la duda, sin una argumentación expresa, o como máximo, se podría decir que fundamenta la duda de constitucionalidad de la norma únicamente en el hecho de que la misma se refiere solo a las mujeres”. Insuficiencia de análisis que, en su opinión, contrasta con la amplitud de consideraciones que realizan tanto la parte demandante como la parte demandada en apoyo o en contra del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

De acuerdo con la doctrina constitucional, el órgano judicial que promueve una cuestión de inconstitucionalidad debe exteriorizar en el Auto de planteamiento el razonamiento que le ha llevado a dudar de la constitucionalidad de la norma aplicable. Ya en la STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el alcance y finalidad de dicho requisito. Si bien la regulación constitucional y legal de la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 163 CE y 35.1 LOTC) no exige que el órgano judicial alcance la convicción de que la norma cuestionada es inconstitucional, pues le permite que la plantee también en los casos de duda, “sí exige que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo, como explícitamente manda el art. 35.2 LOTC”. “No puede el juez —continua la STC 17/1981—, ni remitirse a las dudas que en cuanto a la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes, ni limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin dar las razones que la abonan, pues ni las partes de un proceso ordinario están legitimadas para proponer la cuestión ante el Tribunal Constitucional, ni la decisión de éste es posible sino como respuesta a las razones por las que los órganos del poder judicial dudan, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de ley”. En desarrollo de dicha doctrina, este Tribunal ha reiterado que “las cuestiones de inconstitucionalidad sólo pueden considerarse correctamente planteadas en relación con aquellos preceptos cuya vulneración resulte mínimamente fundada” (SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 3; 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 2).

Este Tribunal ha insistido en la doble justificación de la carga de fundamentación que incumbe al órgano judicial que promueve una cuestión de inconstitucionalidad: justificación que se halla tanto en el derecho de defensa de las partes del proceso constitucional como en la presunción de constitucionalidad de leyes. A este respecto en la STC 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3, afirmamos que “[c]uando lo que está en juego es la depuración del Ordenamiento jurídico, es carga del órgano judicial, no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan, y en los casos en que ésta no se atiende, puede hablarse de una falta de diligencia procesalmente exigible” y que “la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación y que no caben impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada”.

Pues bien, el Auto de 26 de febrero de 2018, por el que se promueve la cuestión de inconstitucionalidad, en lo concerniente a la duda de constitucionalidad, en su fundamento sexto —reproducido en los antecedentes de esta resolución— se limita única y exclusivamente a atribuir al entero precepto cuestionado la vulneración del “principio de igualdad por razón de sexo” consagrado en el artículo 14 CE, sin efectuar por sí mismo ningún análisis de la grave censura de inconstitucionalidad que así se expresa, en particular sin atender a las diversas justificaciones (de orden biológico y socio-laboral) de la diferencia de trato aducidas por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social. En estas circunstancias no puede concluirse que en el Auto de planteamiento el órgano judicial haya cumplido el deber de fundamentación de la duda de constitucionalidad.

En definitiva, en la medida en que la duda de constitucionalidad alegada no resulta mínimamente fundamentada, procede concluir que la cuestión de inconstitucionalidad no ha sido correctamente planteada.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a cinco de junio de dos mil dieciocho.