|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 3/2019 |
| Fecha | de 28 de enero de 2019 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Doña Encarnación Roca Trías, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho. |
| Núm. de registro | 6416-2016 |
| Asunto | Recurso de amparo 6416-2016 |
| Fallo | Elevar al Pleno del Tribunal cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, “para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social”, por posible contradicción con el artículo 14 CE, con suspensión del plazo para dictar sentencia en el presente recurso de amparo núm. 6416-2016. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Con fecha 13 de diciembre de 2016 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal Constitucional un escrito de la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teileiro, actuando en nombre y representación de don Simeó Miquel Roé, por el que interpuso recurso de amparo contra los siguientes actos de los poderes públicos: (i) la resolución de 4 de agosto de 2015 de la dirección provincial de Lleida, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre reconocimiento de pensión de jubilación; (ii) la resolución de 16 de noviembre de 2015, de la misma dirección provincial de Lleida, que estimó en parte la reclamación formulada contra aquélla; (iii) la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lleida, de 15 de abril de 2016 (procedimiento de Seguridad Social núm. 16-2016), desestimatoria de la demanda interpuesta contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social; y (iv) la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de octubre de 2016 (rollo núm. 4614-2016), que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la anterior sentencia.

2. Los hechos anteriores a la interposición de la demanda de amparo, relevantes para fundamentar la presente decisión de planteamiento de cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC), son los siguientes:

a) El recurrente en amparo cotizó al sistema general de la Seguridad Social desde el año 1977 hasta su jubilación en el año 2015. La mayor parte de su vida laboral trabajó a tiempo parcial como profesor asociado de universidad, variando su porcentaje de parcialidad en esos años, desde el 4,9 hasta el 70 por 100.

b) Por resolución de 4 de agosto de 2015, la dirección provincial de Lleida, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se le reconoció inicialmente una pensión de jubilación del 78,14 por 100 de la base reguladora, con una cuantía mensual de quinientos euros con veintiún céntimos (500,21€).

Posteriormente y como consecuencia de la reclamación formulada contra aquella, por nueva resolución del mismo organismo de fecha 16 de noviembre de 2015, la pensión del recurrente se fijó en seiscientos cuarenta euros con catorce céntimos (640,14 €), con un porcentaje del 95,06 por 100 sobre la base reguladora, esto último en aplicación de las normas de cálculo de la pensión de jubilación para trabajadores a tiempo parcial, contenidas en la disposición adicional séptima, apartado 1, regla tercera, letra c), del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, “para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social”.

c) Al seguir estando disconforme con la cuantía de su pensión, no en cuanto al importe de la base reguladora sino del porcentaje aplicable sobre ella (el periodo de cotización), el recurrente formuló una demanda frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), alegando que el sistema de cálculo que le fue aplicado resultaba discriminatorio, con vulneración del artículo 14 CE, dada la aplicación exclusiva a los trabajadores a tiempo parcial, de un “coeficiente de parcialidad” que reduce el tiempo real de cotización. En su caso, habiendo cotizado un total de 37 años y diez meses, tenía derecho a una pensión en cuantía del 100 por 100 de la base reguladora, pero con la aplicación de aquel coeficiente el periodo cotizado quedaba en 33 años y cuatro meses, con un porcentaje del 95, 06 por 100 sobre la base reguladora.

d) La demanda fue asignada al Juzgado de lo Social núm. 2 de Lleida (procedimiento de Seguridad Social núm. 16-2016), y por el actor y aquí recurrente en amparo se interesó en el acto del juicio que para el caso de que se considerase correcta la pensión calculada por el organismo público, el juez plantease una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la citada disposición adicional séptima LGSS, por ser contraria al artículo 14 CE al deparar un trato desigual injustificado a los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, para el cálculo de la cuantía de la pensión en cuanto al modo de computar el periodo de cotización.

e) El Juzgado a quo dictó Sentencia el 15 de abril de 2016, desestimando la demanda. De un lado, se denegó el derecho del actor a una mayor cuantía de la pensión en aplicación de la citada disposición adicional séptima LGSS. De otro lado, se rechazó la procedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pues teniendo en cuenta los principios de contribución y proporcionalidad que informan el sistema de Seguridad Social, no cabía apreciar, conforme al criterio mantenido en las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, y 156/2014, de 25 de septiembre, la lesión constitucional aducida en la demanda.

f) Frente a la anterior resolución judicial se interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rollo núm. 4614-2016), el cual fue desestimado por Sentencia de fecha 19 de octubre de 2016.

La Sala consideró conforme a derecho el cálculo de la pensión del actor efectuado por la autoridad administrativa, y apreció que el precepto legal aplicado no vulneraba el derecho a la igualdad de los trabajadores a tiempo parcial, con base en una sentencia suya anterior del 22 de abril de 2015. En tal sentido, adujo que la norma puesta en entredicho por el recurrente había agotado ya los mecanismos de control de constitucionalidad y de prejudicialidad comunitaria disponibles, a la vista de los pronunciamientos contenidos tanto en las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre y 156/2014, de 25 de septiembre, como en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de abril de 2015 (asunto C-527/13), subrayando que, aun cuando tales decisiones no habían examinado concretamente la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima LGSS, lo cierto era que el criterio de proporcionalidad que presidía la doctrina constitucional en relación al tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, resultaba perfectamente trasladable al caso de autos.

3. En su demanda de amparo, la parte recurrente sostiene que las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas infringen su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y que la cuestión de fondo que se suscita ha sido ya planteada en ocasiones precedentes ante este Tribunal, “al menos tangencialmente”, a propósito de versiones anteriores de la norma aplicada al caso de autos; esto es, el sistema de cálculo de la pensión de jubilación para trabajadores que, como él (profesor asociado de universidad), han desarrollado toda o la mayor parte de su vida laboral a través de la modalidad de contratación a tiempo parcial, salvo un “breve periodo de tiempo, de poco más de un año, en que fue contratado a tiempo completo por una administración pública, hace ya más de treinta años”. Añade que “como es lógico, este empleo a tiempo parcial comportó una menor retribución… en relación con la que hubiera percibido de estar contratado a tiempo completo. Y lógicamente también ello conllevó que su base de cotización fuera inferior y que su previsión de prestación por jubilación estuviera en consonancia con esa menor base de cotización”.

Explica sin embargo cómo a la base reguladora de la jubilación, “una vez calculada en función de las cotizaciones efectivas, se le aplicó un coeficiente reductor por el hecho de haber sido realizadas en régimen de trabajo a tiempo parcial”, al ordenarlo así la disposición adicional séptima, apartado 1, regla tercera, letra c) de la Ley de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto. Esta reducción por mandato legal la considera irrazonable y arbitraria, en cuanto discrimina al recurrente por la sola circunstancia de haber sido contratado en un determinado régimen laboral, “colocándole en una peor posición que el resto de trabajadores, después de haber estado cotizando en iguales condiciones que todos ellos, en proporción, como es lógico, al importe de las remuneraciones percibidas”. Por tal motivo, recuerda que se interesó en la vía judicial previa “una interpretación de dicho precepto acorde con el artículo 14 de la Constitución. O, en su defecto, que se planteara la oportuna cuestión de inconstitucionalidad para evitar el efecto lesivo y contrario al derecho del recurrente”, lo que no fue aceptado por los órganos jurisdiccionales.

Llegados a ese punto, la demanda realiza una breve mención de los datos fácticos a tener en cuenta en el presente caso, concretamente que ha cotizado al sistema general de la Seguridad Social de forma ininterrumpida desde 1977 hasta la fecha de su jubilación en 2015, esto es, durante 37 años y diez meses; que ha prestado sus servicios siempre como profesor universitario a tiempo parcial (aunque las horas contratadas sufrieron variaciones a lo largo del tiempo); y que le ha sido reconocida una pensión de jubilación por el INSS con un 95,06 por 100 sobre su base reguladora, debido a su contratación a tiempo parcial. Aclara que no discute el cálculo de la base reguladora, sino la disminución de ese 4,94 por 100 que se le aplica (sobre el porcentaje de dicha base), pues con el reconocimiento del periodo de cotización de 37 años y diez meses habría obtenido un porcentaje incluso superior al 100 por 100 (en concreto, 105,32 por ciento), teniendo así derecho a percibir una pensión del 100 por 100 sobre la base reguladora.

El problema estriba, según la demanda, en que esos días de cotización “ficticios” calculados conforme al precepto discutido, no sólo se usan para determinar el tiempo necesario para el acceso a la prestación (aspecto este que no es objeto de discusión), sino también para el cálculo de la “cuantía” de la pensión de jubilación. Ello conduce a que los días cotizados disminuyan notablemente tras la aplicación del coeficiente de parcialidad, pese a que luego se incremente el valor resultante con un multiplicador de 1,5 según la misma norma, quedando aun así por debajo de los días de cotización real. “Efectivamente, por simple cálculo matemático, solo si la parcialidad fuera del 66 por 100, su multiplicación por 1,5 daría como resultado el número de días reales cotizados. Pero cuando la parcialidad es inferior al 66 por 100 los días computables siempre serán inferiores a los reales”.

Tras exponer esto, la demanda se centra en la fundamentación jurídica de la queja por vulneración del artículo 14 CE (derecho a la igualdad y a la no discriminación). Afirma que cabe apreciar la existencia de un trato desigual, ya que en los antecedentes de su demanda se ha mostrado “cómo el recurrente ha visto reducida la prestación que le hubiera correspondido si se le hubieran aplicado las reglas establecidas para el cálculo de dicha prestación para la generalidad de los trabajadores por cuenta ajena en el régimen general de la Seguridad Social”.

Recuerda que el cálculo de la prestación se basa en dos factores o parámetros, la base reguladora y el porcentaje a aplicar sobre esta última, en función del tiempo cotizado. Si bien no existen diferencias entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial en cuanto al cálculo de la base reguladora, que se remite “a la regla general”, sí se aprecian diferencias en cuanto al porcentaje que debe aplicarse a la misma, pues tal porcentaje está en función del “tiempo de cotización acreditado” por cada trabajador. A su juicio, lo que hace la disposición adicional séptima LGSS “es reducir artificialmente el período cotizado precisamente a estos efectos con lo que está reduciendo el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora y, en definitiva, el importe de la prestación”. Con ello, “se excepciona a los trabajadores a tiempo parcial del régimen general establecido para todos los trabajadores”, a través de modificar “artificialmente los periodos de cotización del trabajador, disminuyéndolos en función de la ‘parcialidad’ de su contratación”.

El trato desigual así descrito, se califica a continuación en la demanda como injustificado, advirtiendo que el “régimen general de cálculo de la prestación, que descansa substancialmente en la base reguladora, ya comportará una menor percepción para tales trabajadores, en consonancia con su menor retribución. Pero no hay motivos atendibles que justifiquen una todavía mayor disminución de la prestación, por el mero hecho de haber prestado sus servicios a tiempo parcial”.

Fundamenta este criterio en la doctrina mantenida por la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que, aunque referida al cálculo del período de carencia para el acceso a la pensión, entiende sería trasladable al presente caso pues el “hilo argumental” se refiere a la “diferencia de porcentaje sobre la base reguladora” entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo. Doctrina que, añade, es reiterada luego en posteriores pronunciamientos (cita las SSTC 61/2013, de 14 de marzo, y 116/2013, de 20 de mayo), así como en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 (asunto C-385/2011). No sería aplicable al presente supuesto, sin embargo, la doctrina de las SSTC 156/2014, de 25 de septiembre y 110/2015, de 28 de mayo, referidas a una cuestión diversa a la que aquí se trata, la integración de los periodos durante los cuales no hay obligación de cotizar.

Como consecuencia de lo alegado, se solicita en el último fundamento de la demanda que este Tribunal Constitucional dicte sentencia reconociendo el derecho a la igualdad ante la ley del recurrente, anulando las resoluciones recurridas, con retroacción de las actuaciones “al momento inmediatamente anterior al del dictado de las citadas resoluciones administrativas a fin de que se dicte una nueva respetuosa con el artículo 14 de la Constitución”; petición que se reitera en el suplico.

4. Por providencia de 18 de diciembre de 2017, la Sala Segunda, Sección Cuarta, de este Tribunal, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, “apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), como consecuencia de que la posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [STC 155/2009, FJ 2 c)]”.

Además, en aplicación de lo previsto en el artículo 51 LOTC, acordó también dirigir atenta comunicación tanto a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como al Juzgado de lo Social núm. 2 de Lleida, a fin de que en el plazo de diez días remitiesen, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 4614-2016 y al procedimiento de Seguridad Social núm. 16-2016. Interesándose al mismo tiempo al referido juzgado, que emplazara a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento de instancia, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en dicho recurso de amparo, si así lo deseasen.

5. Por escrito presentado en el registro de este Tribunal el día 29 de enero de 2018, la letrada de la administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, suplicó se le tuviera por personada en el procedimiento.

6. Con fecha 7 de marzo de 2018, la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal dictó diligencia de ordenación por la que acordó, de un lado, tener por personada y parte en el procedimiento a la letrada de la administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta, acordándose tener con ella las sucesivas actuaciones. Y de otro lado, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudiesen presentar las alegaciones que a su derecho conviniese, conforme determina el artículo 52.1 LOTC.

7. Mediante escrito registrado el día 6 de abril de 2018, la Fiscal Jefe ante este Tribunal Constitucional evacuó el trámite de alegaciones, interesando el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), con nulidad de las resoluciones impugnadas y retroacción de las actuaciones “al momento inmediato anterior al dictado de la primera de ellas, a fin de que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho a la igualdad del demandante”.

Así, tras comenzar recordando los hechos que han dado lugar a la interposición del recurso de amparo y la jurisprudencia aplicable al caso, reproduciendo en algunos de sus pasajes la STC 253/2004, FFJJ 5 y 6, la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (asunto C-385/11), la STC 61/2013, FFJJ 3 a 6, la STC 156/2014, y la STC 110/2015 —en ese orden—, el escrito de alegaciones pone de manifiesto que la cuestión suscitada en la demanda no ha sido objeto de examen todavía por este Tribunal, pues lo que se cuestiona no es el derecho de acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, sino el cálculo de su cuantía una vez que se ha acreditado el cumplimiento del período mínimo de carencia. De este modo, lo que reclama el recurrente es el derecho a cobrar la pensión de jubilación de modo íntegro, en atención a su dilatada vida laboral, lo que a juicio de las resoluciones impugnadas no sería posible por la regulación legal existente. Afirma que tal regulación, tras haber sido afectada por los últimos cambios legislativos, no ha sido aún analizada por este Tribunal, en concreto no lo han hecho los pronunciamientos realizados por la STC 61/2013. Luego de hacer mención a las reglas que se aplican al contratado a tiempo parcial, destaca que partiendo de que nuestro sistema de Seguridad Social descansa sobre el principio contributivo, este Tribunal no ha considerado inconstitucional el hecho de que la cuantía de la prestación resulte inferior a la que se percibiría de haberse trabajado a tiempo completo, en la medida que ello encuentra su causa en una inferior cotización.

Ahora bien, puntualiza la Fiscal, lo que al parecer no se tiene en cuenta es que “para alcanzar el día legal cotizado” existe un determinado sistema de cómputo para determinar si se supera el periodo de carencia necesario, sistema que no es el aplicable “para el cálculo de la base reguladora a los efectos de pensión de jubilación que se calcula solo a base de las cotizaciones reales”.

Se subraya que la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lleida desestimó la pretensión del actor con fundamento en la STC 253/2004 (y en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se apoyaba, a su vez, en la STC 156/2014), aunque este Tribunal no analizó entonces el modo de fijar la base reguladora sino el sistema legal previsto para acceder a las prestaciones o el modo de integrar las lagunas de cotización.

Por su parte, continúa diciendo el escrito de alegaciones, la sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aquí recurrida, pese a percatarse de que ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea habían examinado la cuestión planteada por el actor, desestimó su pretensión atendiendo al criterio que presidía la doctrina constitucional en torno al tratamiento desigual de trabajadores a tiempo parcial, esto es, al principio de proporcionalidad respecto de las normas que, con carácter general, regulan la base de cotización para el cálculo de la pensión de jubilación.

Considera el Ministerio Fiscal que, con ello, la Sentencia del Tribunal Superior impugnada en amparo se abstuvo de analizar la correcta pretensión del recurrente, “de que su pensión de jubilación a tiempo parcial que derivaba de sus cotizaciones reales, no debía tener minoración alguna por la naturaleza parcial de su trabajo, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por lo que debía interpretarse de modo acomodado a la Constitución la normativa de aplicación o plantearse una cuestión de inconstitucionalidad”. Sin embargo, el órgano judicial rechazó ambas cosas “con base en una jurisprudencia relativa al modo de integrar lagunas de cotización, por completo ajena a lo debatido, y ello tras constatar dicha ajenidad”.

Por tal motivo, finalmente, sostiene la Fiscal Jefe ante este Tribunal que al justificar la minoración de la pensión de jubilación que el recurrente entendía contraria a su derecho a la igualdad ante la ley, en base a otro instituto jurídico distinto y declarar por ello la proporcionalidad de la medida vulneró el derecho a la igualdad del ahora demandante.

8. El recurrente en amparo se ratificó en las alegaciones realizadas en la demanda, mediante escrito de alegaciones registrado el día 10 de abril de 2018.

9. La letrada de la administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta, evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el día 13 de abril de 2018, interesando de este Tribunal que dictase sentencia inadmitiendo el recurso y, subsidiariamente, denegando el amparo solicitado.

De este modo, antes de analizar la cuestión de fondo alegó el escrito la posible falta de agotamiento de los recursos previos en la vía judicial, como causa de inadmisibilidad del recurso de amparo [art. 50.1.a) en relación con el art. 44.1.a) LOTC]. En concreto, por no haberse formulado el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que desestimaba el de suplicación, teniendo en cuenta que conforme a su regulación en los artículos 218 a 228 de la 36/2011, de 10 de octubre, Ley reguladora de la jurisdicción social (LJS), su objeto se ha ampliado desde el supuesto tradicional único de unificar doctrina ante sentencias contradictorias que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieren llegado a pronunciamientos distintos; dando cobertura también al supuesto novedoso del artículo 219.2 de dicha ley, la posibilidad de alegar la contradicción entre lo resuelto por la sentencia impugnada y la doctrina contenida en sentencias de este Tribunal Constitucional o de los órganos instituidos en los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los demás requisitos propios del supuesto antes indicado. Pese a esa ampliación de objeto, la demanda no dice nada en cuanto a una imposibilidad o dificultad para su interposición, limitándose a señalar que contra la última resolución judicial dictada no cabía recurso ordinario alguno.

Con carácter subsidiario, ya desde la perspectiva del fondo, la letrada de la administración de la Seguridad Social interesó la desestimación del recurso planteado, al considerar que no cabe apreciar la vulneración constitucional aducida. En defensa de su petición, subraya que el recurrente no discute el cómputo del período de carencia sino el porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular la cuantía de la pensión de jubilación, solicitando que no se le aplicasen las normas específicas reguladoras de la protección social derivada de los contratos a tiempo parcial, de tal modo que en vez de corresponderle un porcentaje del 95,06 por 100, lo fuera del 100 por 100.

Señala asimismo que respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de Seguridad Social, el Tribunal Constitucional ya ha resuelto en las SSTC 156/2014 y 110/2015, la constitucionalidad de la disposición adicional séptima LGSS (en la redacción dada por la Ley 1/2014, que convalida el Real Decreto 11/2013), esto es, la que establece las normas específicas para la protección de los trabajadores contratados a tiempo parcial en los casos de integración de lagunas de cotización. La citada STC 156/2014, en su fundamento jurídico 4, que reproduce en parte, hace referencia al contenido de los arts. 41 y 50, ambos de la Constitución, sobre el sistema de Seguridad Social como función estatal para remediar situaciones de necesidad que han de ser apreciadas teniendo en cuenta “el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales”.

Concluye el escrito de alegaciones de la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, defendiendo que conforme a lo resuelto por las sentencias impugnadas, la aplicación de la disposición adicional séptima LGSS no vulneró el principio de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 14 CE.

10. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal dictó diligencia el 16 de abril de 2018, haciendo constar la recepción de los escritos de alegaciones del Ministerio Fiscal, la Procuradora del recurrente en amparo y la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, “quedando el presente recurso de amparo pendiente para deliberación cuando por turno corresponda”, de lo que pasó a dar cuenta.

11. Con fecha 1 de octubre de 2018, la Sala Segunda de este Tribunal dictó providencia del siguiente tenor:

“La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55.2 y 35.2 de la Ley Orgánica del mismo, y con suspensión del plazo para dictar sentencia, acuerda oír a las partes y al Ministerio Fiscal, para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad o sobre el fondo de esta, respecto de si puede vulnerar el derecho fundamental a la igualdad ante la ley del artículo 14 CE entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, o en su caso provocar una discriminación indirecta por razón de sexo proscrita por el párrafo segundo del mismo artículo 14 CE, el método para el cálculo del periodo de cotización de la prestación de jubilación establecido en el artículo 5, apartados 1 y 2, del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, ‘para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social’, en cuanto:

(i) El apartado 1 del artículo 5 reforma el apartado 1, regla segunda, letra a), párrafo segundo, de la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), a los fines de prever la aplicación de un ‘coeficiente de parcialidad’ destinado a fijar ‘el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada periodo’ por los trabajadores a tiempo parcial; y,

(ii) El apartado 2 del artículo 5 reforma el apartado 1, regla tercera, letra c), de la misma disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, ordenando que la cuantía de la pensión de jubilación se determine para dichos trabajadores a tiempo parcial por ‘el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) de la regla segunda’, incrementado con la aplicación de un coeficiente del 1,5”.

En dicha providencia se precisa al final, que ambos preceptos han sido traspuestos, primero al artículo 5 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, “para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social”, y con posterioridad a los actualmente vigentes artículos 247.a), párrafo segundo, y 248.3, respectivamente, 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.

12. La representante procesal del recurrente en amparo presentó su escrito de alegaciones en el registro de este Tribunal el 22 de octubre de 2018. Se indica en el mismo que dicha parte ha venido afirmando la posibilidad de suscitar una cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos “a que se refiere el Tribunal” en su providencia, tanto en la vista del procedimiento en instancia (como quedó reflejado, advierte, en el último párrafo del fundamento de Derecho cuarto de la sentencia del Juzgado) como en el escrito de interposición del recurso de suplicación, obteniendo en ambos grados jurisdiccionales una respuesta negativa de los tribunales competentes. Añade que constatada la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación del recurrente, la primera opción que se ha defendido es obtener una reparación del derecho mediante una interpretación de las normas legales que evitara aquel efecto, si bien, resulta “evidente que tal interpretación resulta muy forzada y equivaldría, en la práctica, a la no aplicación del sistema de cálculo introducido por el artículo 5, apartados 1 y 2, del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto… Llegados a este punto, la única solución al problema sería la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de la ley que provocan este resultado”.

Finalmente, sobre el fondo de la cuestión de inconstitucionalidad, el escrito de alegaciones reitera algunas ideas ya vertidas en la demanda, ante todo dónde radica la diferencia en el cálculo de la cuantía de la prestación de jubilación entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, esto es, aclarando de nuevo que el problema planteado no se refiere “en absoluto” a la disminución de la base reguladora, que se basa en las remuneraciones efectivas y que como tal deviene “perfectamente justificable”, sino que la “discriminación, inexplicable o injustificada es la que se produce como consecuencia del distinto sistema del cómputo del periodo de tiempo trabajado, a los efectos del cálculo de la pensión”.

Se explica luego lo dispuesto en la disposición adicional séptima, apartado 1, regla segunda, letra a), párrafo segundo, y en la regla tercera, letra c) que se remite a la anterior citada, de la misma disposición adicional, cuya aplicación conjunta trae como consecuencia que en cuanto al periodo de cotización “en la mayoría de los casos, como en el del recurrente, este periodo imaginario sea distinto del real y menor que él. Y ello comporta, como es lógico, una menor cuantía de la pensión de jubilación resultante”. Termina el escrito de alegaciones invocando a favor de la declaración de discriminación cometida sobre el recurrente en amparo las SSTC 253/2004, y 61/2013, “cuya doctrina y consideraciones entendemos plenamente aplicables al presente supuesto”.

13. También con fecha 22 de octubre de 2018, se presentó en el registro de este Tribunal, escrito de alegaciones de la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en la representación que ostenta, por el que interesó el no planteamiento de la cuestión. En tal sentido, y refiriéndose a la que llama la “primera pregunta” de la providencia, si a su parecer las normas mencionadas vulneran el derecho de igualdad ante la ley (art. 14 CE), se reitera la posición mantenida en el trámite del artículo 52 LOTC para el recurso de amparo, en cuanto a negar dicha conculcación, primero por aplicación de doctrina general reiterada sobre aquel derecho fundamental, y segundo porque el caso aquí planteado difiere del resuelto en las SSTC 253/2004 y 61/2013, al no discutirse como en ellos el periodo de carencia para el acceso a la prestación. Sí que invoca en cambio la doctrina de las SSTC 156/2014 y 110/2015, desestimatoria de las cuestiones entonces planteadas, sobre la integración de lagunas en los periodos de cotización. Concluye este primer punto diciendo que “de acuerdo al principio de solidaridad y suficiencia de las pensiones, se garantizan pensiones mínimas para los trabajadores con contratos a tiempo parcial en la misma extensión, términos y condiciones que los establecidos para el resto de los trabajadores”.

En cuanto a la “segunda pregunta”, la posible discriminación indirecta por razón de sexo en perjuicio de la mujer, se sostiene en el escrito de alegaciones de la entidad comparecida, en primer lugar, que se trata de un motivo de inconstitucionalidad no sostenido por el demandante de amparo, quien además es del sexo masculino, lo que llevaría a la aplicación de lo declarado en la STC 156/2014, de 25 de septiembre, de inadmisión de esta parte de la cuestión de inconstitucionalidad por no cumplirse el requisito de relevancia (art. 35 LOTC).

Con todo, entrando en el fondo de este motivo, se descarta tal discriminación porque la “normativa cuestionada, se aplica tanto a hombres como a mujeres”, “la situación ya no es la que contemplaba la STC 61/2013, que se refería a los datos de los años 2002 y 2003. En la actualidad el contrato a tiempo parcial se ha incrementado con carácter general…”, y, finalmente, porque “aunque en la actualidad pudiera afectar a más mujeres que a hombres el trabajo a tiempo parcial, tendencia que se está equilibrando, se trata de una regulación, que tal y como se ha señalado en la alegación anterior, cumple los requisitos de justificación y proporcionalidad exigidos. La situación de las mujeres respecto a las prestaciones de Seguridad Social, no es de peor condición, ya que se ven favorecidas por diversos beneficios… independientemente de que hayan desempeñado su jornada laboral a tiempo completo o a tiempo parcial… para paliar las interrupciones en su vida laboral como consecuencia de la maternidad y el cuidado de los hijos”, colocando tres ejemplos de este tipo.

14. Finalmente, con fecha 28 de noviembre de 2018 se registró escrito de alegaciones de la Fiscal Jefe ante este este Tribunal Constitucional, por el que interesó se procediera a elevar al Pleno de este Tribunal una cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del artículo 5, apartados 1 y 2, del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto; preceptos que fueron traspuestos primero al artículo 5 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, y con posterioridad a los actualmente vigentes artículos 247.1) párrafo segundo y 248.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Fundamenta esta solicitud en el hecho de que la disposición adicional séptima LGSS, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, contenía preceptos similares a los que enuncia la providencia de este Tribunal de 1 de octubre de 2018, viniendo la STC 61/2013 a declarar inconstitucional y nula la regla segunda del apartado primero de dicha disposición adicional, en los términos que se exponen en su fundamento jurídico 6, que el escrito de alegaciones reproduce. Cita a continuación los artículos 247 y 248.3 LGSS actualmente vigentes, y señala que el examen de todas estas normas “permite constatar que sigue manteniendo las líneas maestras de la precedente regulación declarada inconstitucional por este Tribunal, aunque la redacción de los preceptos no sea idéntica y se constate un menor perjuicio para los trabajadores a tiempo parcial, en lo que se refiere al cómputo del periodo de carencia para acceder a la pensión de jubilación”.

Precisa que en el presente caso lo que se dirime es “el periodo de cotización computable para el cálculo de la pensión, en el que se observa que existe una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, que podría considerarse no justificada”. Razón por la que entiende procedente elevar la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos ya indicados.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta resolución, al recurrente en amparo, trabajador a tiempo parcial a lo largo de su vida laboral con un porcentaje de parcialidad que ha oscilado entre el 4,9 y el 70 por 100, le fue reconocida una pensión de jubilación equivalente al 95,06 por 100 de la base reguladora. Para el cálculo de su pensión se partió de una cotización efectiva de 33 años y cuatro meses, resultado de la aplicación de las reglas previstas para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación de los contratados a tiempo parcial, en la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, “para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social”.

Conforme a esta norma, a los efectos del cálculo de la cuantía de la pensión, el período de cotización se obtiene aplicando sobre el número de días de alta con contrato a tiempo parcial, un “coeficiente de parcialidad” (el porcentaje que representa la jornada realizada a tiempo parcial respecto a la efectuada por un trabajador a tiempo completo comparable), y a este valor se le aplica a su vez un coeficiente multiplicador del 1,5 sin que, en cualquier caso, el número de días pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial.

Es ese sistema de cálculo previsto legalmente el que se cuestiona por el recurrente en su demanda de amparo, al considerar que con su aplicación se vulnera su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), pues a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores a tiempo completo, respecto de los cuales cada día trabajado equivale a un día cotizado, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial el período de cotización se ve reducido por la aplicación del citado coeficiente de parcialidad. La Fiscal Jefe ante este Tribunal ha interesado la estimación del recurso, mientras que la Letrada de la Seguridad Social, en la representación que legalmente ostenta, ha solicitado que declaremos su inadmisión y, subsidiariamente, que se desestime la demanda.

2. Concluso el procedimiento de amparo, esta Sala decidió dar audiencia a todas las partes sobre la posible contradicción de la norma aplicada en el proceso a quo, con el artículo 14 CE, conforme a lo previsto en el artículo 35.2 LOTC, con el resultado ya indicado en los antecedentes de esta resolución. Una vez examinadas estas últimas alegaciones, la Sala entiende que resulta de aplicación lo previsto en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica reguladora, el cual dispone que: “en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque… la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”.

Con carácter previo a fundamentar el planteamiento de la cuestión, sin embargo, no puede obviarse la circunstancia de que una de las partes del proceso de amparo, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, ha opuesto la existencia de un óbice procesal en el recurso, cuya apreciación llevaría por fuerza [art. 50.1.a) LOTC] a declarar su inadmisión en Sentencia, impidiendo con ello entrar en el examen de fondo de la demanda. Tiene esto importancia para el dictado del presente Auto, porque la cuestión de inconstitucionalidad, incluso en la modalidad de cuestión interna o autocuestión que reconoce el artículo 55.2 LOTC, en relación con los artículos 35 y siguientes de esta última, no puede calificarse como un proceso de control abstracto sobre la constitucionalidad de una norma legal, sino que el fallo de la sentencia que recayere ha de tener siempre una proyección concreta sobre el resultado del proceso a quo (por todas, STC 55/2017, de 11 de mayo, FJ 2, y las que ahí se citan). Lo que se extiende precisamente en los casos del artículo 55.2 LOTC, al proceso de amparo en el que se plantea dicha iniciativa.

Por este motivo, carecería de sentido elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad si la sentencia que este dicte no va a poder ser aplicada a la resolución del correspondiente recurso de amparo, al tener que inadmitirse este último por estimación de un óbice de procedimiento. Todo lo dicho comporta que debamos dar respuesta de una vez a dicha alegación de parte, en cuanto condicionante del propio planteamiento de la cuestión.

3. Así las cosas, y en los términos en que se alega la existencia de la causa de inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC], esto es, por no haberse interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina tras la notificación de la Sentencia recaída en suplicación, el óbice debe ser rechazado.

Debemos recordar, a tal fin, que la especial naturaleza del recurso de casación para la unificación de doctrina, “condicionado legalmente a la concurrencia de rígidos requisitos de admisión sobre identidad y contradicción, determina que su interposición no resulte siempre preceptiva, siendo únicamente obligada, a los efectos de la subsidiariedad del amparo, cuando no quepa duda respecto de su procedencia” (STC 116/2014, de 8 de julio, FJ 2; también STC 39/2016, de 3 de marzo, FJ 2). Por ello, la parte que pretenda hacer valer su no interposición como causa de inadmisión del recurso de amparo, debe acreditar ante este Tribunal la posibilidad de recurrir a través de esa extraordinaria vía, en el supuesto concreto (entre otras, SSTC 116/2014, de 8 de julio, FJ 2; 124/2014, de 21 de julio, FJ 2, y 39/2016, FJ 2), no bastando con que efectúe vagas invocaciones sobre su procedencia (entre otras, SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 2; y 84/2004, de 10 de mayo, FJ 3), o de manera abstracta (STC 39/2016, FJ 2).

En este caso, la Administración de la Seguridad Social no ha cumplido con tal carga argumentativa por cuanto:

a) De un lado, respecto del motivo de procedencia del recurso ex artículo 219.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LJS), por contradicción de la sentencia impugnada con sentencias de la Sala de lo Social de ese u otro Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo, “respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”, la Letrada de la entidad comparecida se limita a afirmar que la resolución impugnada en vía de amparo era susceptible de aquel recurso, reprochando que la demanda se limite a decir que no cabía otro. Pero, más allá de esto, no ofrece razones que permitan sustentar la viabilidad procesal que predica, en concreto identificando y aportando sentencias contradictorias con la recurrida en amparo, susceptibles de cumplir con los requisitos de identidad y contradicción legalmente exigibles. Ante el incumplimiento de dicha carga, este primer argumento no puede prosperar.

b) De otro lado, en cuanto al novedoso motivo de casación unificadora que introduce el artículo 219.2 la misma LJS (sin precedente en las leyes procesales laborales anteriores para esta modalidad del recurso), la contradicción de la sentencia impugnada con la doctrina “establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades”, tampoco resulta aquí atendible.

Como se deriva del enunciado legal, para la invocación de este motivo se requiere la existencia previa de una doctrina sobre derechos fundamentales cuya aplicación permita resolver por sí misma el asunto constitucional de fondo de la sentencia impugnada, debiendo guardarse entre ésta y las que se invocan al efecto, en este caso una o más dictadas por el Tribunal Constitucional, una identidad de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (“siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior”).

Este último requisito sin embargo aquí no concurre. Ninguna de las sentencias que señala la entidad comparecida en su escrito, en concreto las SSTC 61/2013, de 14 de marzo; 71/2013, de 8 de abril; 116/2013, de 20 de mayo; 117/2013, de 20 de mayo; 156/2014, de 25 de septiembre; y 110/2015, de 28 de mayo, han enjuiciado desde la óptica del artículo 14 CE que aquí se trata, el sistema de cómputo del periodo de cotización para fijar la cuantía de la pensión de jubilación, en los trabajadores a tiempo parcial. Ya sea el sistema introducido a este fin por la disposición adicional séptima LGSS según el Real Decreto-ley 11/2013, o el regulado en otra norma anterior o posterior. Se refieren dichas sentencias a otros aspectos de la regulación de la pensión de jubilación. En consecuencia, no podía serle exigible al recurrente en amparo la interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina, fundado en la inaplicación de una doctrina constitucional inexistente para resolver por sí misma su caso, ex artículo 219.2 LJS.

Se desestima por tanto el óbice alegado, lo que permite pasar a la fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad.

4. En el proceso a quo, del que trae causa este recurso de amparo, se ha aplicado la disposición adicional séptima, apartado 1, LGSS, en su dicción por el Real Decreto-ley 11/2013, en concreto de manera conjunta dos de sus preceptos: la regla tercera, letra c); y la regla segunda, letra a), párrafo segundo, a la que aquélla se remite.

Ahora bien, propiamente el precepto que permite el tratamiento diferenciado de cuya inconstitucionalidad cabe dudar, en cuanto al cálculo del periodo de cotización (porcentaje sobre la base reguladora), es la regla tercera, letra c): en primer lugar, porque es el que remite a otro precepto para realizar parte de ese cálculo y en segundo término, porque completa dicho cálculo imponiendo un coeficiente multiplicador de 1,5 sobre el valor resultante. El otro precepto citado (el de la regla segunda), sirve en principio a otro propósito legal (el cálculo del periodo de carencia necesario para tener derecho a la prestación), el cual no ha sido debatido en el proceso a quo y por ende queda extramuros de este recurso de amparo núm. 6416-2016. Solo alcanza relevancia en el ámbito material que aquí nos ocupa, por mor de la remisión efectuada por aquella regla tercera, letra c), norma por sí misma responsable de articular ese sistema para el cómputo del periodo de cotización.

Para una mejor comprensión del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, se transcribe completo el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2013:

“Uno. La regla segunda del apartado 1 queda redactada en los siguientes términos:

‘Segunda. Periodos de cotización

Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación’.

Dos. El párrafo c) de la regla tercera del apartado 1 queda redactado en los siguientes términos:

‘c) A efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) de la regla segunda, se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial.

El porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora se determinará conforme a la escala general a que se refiere el apartado 1 del artículo 163 y la disposición transitoria vigésima primera, con la siguiente excepción:

Cuando el interesado acredite un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años’.

Los dos preceptos arriba indicados, resultaron traspuestos al artículo 5 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, “para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social” (todavía como parte de la disposición adicional séptima LGSS), y después, con el mismo tenor, concretamente en los artículos 247.a), párrafo segundo y 248.3, del Real Decreto Legislativo 8/2015, que aprueba el texto refundido LGSS, antes citado. Este último, además, derogó expresamente aquella disposición adicional séptima en su totalidad (disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 8/2015).

Tales cambios legislativos, no obstante, no implican una pérdida sobrevenida del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues como ya declaramos para similar ámbito material en la STC 253/2004, FJ 4, siguiendo nuestra doctrina reiterada, resulta que “a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que tras esa derogación, modificación o sustitución resulte o no aplicable al proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo… La modificación y posterior sustitución del precepto legal cuestionado no implica la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad ahora considerada, pues el juicio de constitucionalidad que sobre aquél hemos de efectuar se conecta con su aplicación a un concreto proceso en materia de Seguridad Social en el que el órgano judicial proponente ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso a quo. Conviene recordar que en materia de derecho a las prestaciones de la Seguridad Social ha de estarse a la normativa aplicable a la fecha del hecho causante, sin que los cambios normativos posteriores afecten (salvo supuestos excepcionales de eficacia retroactiva, que no resultan de aplicación al presente asunto), a la determinación de los requisitos para el acceso a una prestación cuyo hecho causante es anterior a esa modificación”.

En el mismo sentido, entre otras, SSTC 73/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 114/2010, de 24 de noviembre, FJ 2, y 29/2015, de 19 de febrero, FJ 2.

5. Una vez identificado el precepto objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, la regla tercera, letra c) de la disposición adicional séptima, 1, LGSS (en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2013), procede indicar que se cumplen los requisitos procesales exigibles para su elevación al Pleno de este Tribunal:

(i) Dicho precepto tiene rango de ley, a efectos de lo previsto en los artículos 163 CE y 35.1 LOTC (últimamente, SSTC 245/2015, de 30 de noviembre; 174/2016 y 175/2016, de 17 de octubre; 181/2016, de 20 de octubre, y 197/2016, de 28 de noviembre).

(ii) De acuerdo con lo ordenado en el artículo 35.2 LOTC, esta Sala Segunda dictó providencia el pasado 1 de octubre de 2018, dando trámite de audiencia por diez días a las partes personadas, incluyendo al Ministerio Fiscal, para que pudieran presentar alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión o sobre su fondo, exponiendo en la providencia sucintamente los términos de la duda de inconstitucionalidad en relación con las normas concernidas y la posible contradicción con el artículo 14 CE.

Presentaron alegaciones en plazo la parte recurrente en amparo y la Fiscal Jefe ante este Tribunal Constitucional, en el sentido de interesar la elevación de la cuestión, y la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en la representación y defensa que ostenta, oponiéndose a su planteamiento.

(iii) El precepto cuestionado resulta aplicable, y de su validez depende el fallo (art. 35.1 LOTC) estimatorio del recurso de amparo que pende ante esta Sala Segunda, fundado en la posible vulneración del artículo 14 CE, en sus vertientes de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación por razón de sexo, con la posibilidad por tanto de declararse nulas las resoluciones impugnadas.

(iv) Por último, la cuestión se eleva ante el Pleno del Tribunal tras consultar a las partes, al persistir las dudas de esta Sala sobre la inconstitucionalidad del precepto indicado, como de inmediato se razonará, y con suspensión del plazo para dictar sentencia siguiendo lo previsto en el artículo 55.2 LOTC.

6. El examen del precepto objeto de la cuestión [la disposición adicional séptima, 1, regla tercera, letra c) LGSS según Real Decreto-ley 11/2013], solo y en su aplicación conjunta con la regla segunda, letra a), párrafo segundo, de la misma disposición adicional y apartado, al que aquél se remite, ofrece dudas sobre su adecuación al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en perjuicio de estos últimos, por las razones siguientes:

a) La cuantía de la pensión de jubilación, en la LGSS de 1994 —en la que nos centramos— y también actualmente (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, sobre todo artículos 147, 161.2, 204 y siguientes, y disposiciones transitorias séptima a novena), se determina en función de dos factores (art. 120.2 LGSS 1994): la base reguladora y el periodo de cotización, el cual sirve a su vez para fijar un porcentaje sobre la base reguladora, con el que se obtiene el importe a cobrar.

En cuanto a este último elemento de cálculo, resulta que en los trabajadores a tiempo completo, el tiempo se computa por años y meses de cotización (arts. 161.1 y 163 LGSS 1994), sin practicar sobre ellos ningún coeficiente o fórmula reductora. A los 15 años se tiene derecho a la prestación, en un porcentaje del 50 por 100 de la base reguladora [art. 161.1.b)], y a partir de ahí el porcentaje según el tiempo cotizado va en aumento, hasta alcanzar el 100 por 100, que es el tope máximo.

Para los trabajadores a tiempo parcial, en cambio, la disposición adicional séptima LGSS 1994 (en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2013) prevé una reducción del periodo de cotización. Lo hace en dos facetas distintas: una, para determinar si se tiene el tiempo mínimo de años que permite el acceso a la prestación, aplicando los coeficientes que trae la regla segunda de la disposición adicional séptima, 1, LGSS, en sus diversas letras y párrafos. Esta faceta, ya se ha dicho, queda fuera de nuestra consideración en este proceso.

La segunda de ellas, que es la que aquí nos concierne, se refiere al cálculo del periodo de cotización para fijar el porcentaje sobre la base reguladora. La regla tercera, letra c) de la indicada disposición adicional séptima LGSS, como veíamos, ordena: (i) con remisión a la regla segunda, letra a), párrafo segundo, que a los años y meses cotizados se les aplique un “coeficiente de parcialidad”, por el cual se asigna un porcentaje a cada periodo de trabajo a tiempo parcial respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, y al que se suman, “en su caso, los días cotizados a tiempo completo”; (ii) el valor resultante, de nuevo conforme a la regla tercera, letra c), se incrementa con un coeficiente del 1,5, “sin que el número de días resultante pueda ser superior al periodo de alta a tiempo parcial”.

Sin necesidad de acudir a ejemplos prácticos, parece claro que con este método de cálculo el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial, en ningún caso se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo.

Además, solo si su porcentaje de parcialidad ha podido alcanzar durante su vida laboral el 67 por 100, podrá tras la aplicación de la regla reductora antedicha obtener el 100 por 100 sobre la base reguladora. En cualquier otro caso, coeficiente multiplicador de 1,5 incluido, no tendrá derecho al porcentaje total. Es el supuesto de autos, en el que el recurrente en amparo ve reducido su periodo de cotización real de 37 años y diez meses, a 33 años y cuatro meses (datos no cuestionados por las resoluciones recurridas en amparo), perdiendo un 4,94 por 100 de porcentaje sobre la base reguladora (ya per se, ajustada por una menor base de cotización frente a la que tendría un profesor universitario a tiempo completo).

De lo que se derivaría no solamente una diferencia de trato en la fijación del periodo de cotización, para unos de manera natural, en función del tiempo real (trabajadores a tiempo completo) y para otros artificialmente a partir de un valor reductor (trabajadores a tiempo parcial), sino que el método así implementado penaliza, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo.

b) La exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2013, no parece posibilitar una justificación objetiva y razonable de esta diferenciación. En su epígrafe II, señala en este punto lo siguiente:

“La norma recoge, además, una fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial. El objetivo es, por tanto, evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación que recibe. Con este propósito, la modificación legal atiende a los periodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo.

En consecuencia, es necesario dictar una norma que mantenga la proporcionalidad tanto en el acceso al derecho a las prestaciones, pensiones y subsidios, como a su cuantía. Por todo ello, este capítulo II tiene como finalidad cumplir los siguientes objetivos:

1. Dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional.

2. Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el Sistema Español de Seguridad Social.

3. Mantener la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo.

4. Evitar situaciones fraudulentas o irregulares, así como evitar la desincentivación de la cotización al Sistema”.

La exposición de motivos se limita pues a invocar un propósito normativo de igualdad entre ambos, que no es lo que resulta sin embargo de la aplicación de la regla tercera, letra c), en remisión con la regla segunda, letra a), párrafo segundo, de la citada disposición adicional séptima, al no tratarse igual los periodos de tiempo entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial.

c) En fin, a tenor de los artículos 15.2, 106.1 y 106.2 LGSS de 1994 (arts. 18.2 144.1 y 144.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015), la obligación de cotizar nace “desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente”, lo que en el régimen general de la seguridad social significa, “con el mismo comienzo de la prestación del trabajo incluido el periodo de prueba. La mera solicitud de la afiliación o alta del trabajador al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social surtirá en todo caso idéntico efecto”. Y la obligación se mantiene “por todo el periodo en que el trabajador esté en alta en el régimen general o preste sus servicios, aunque éstos revistan carácter discontinuo”.

Si, por tanto, la obligación de cotizar y con ello su repercusión contributiva en el sistema de previsión social, se mantiene desde el principio y durante toda la vida laboral del trabajador a tiempo completo o parcial (dejamos aparte la eventualidad de periodos en los que no haya habido obligación de cotizar, los cuales tienen su propio método de integración legal, que no ha sido aquí aplicado), puede ser contrario a los propios principios de dicho sistema, desconocer en parte el tiempo de cotización solo para este último colectivo de trabajadores, restándolo del periodo real de cotización para fijar la cuantía de su jubilación, en los términos del precepto aquí cuestionado.

Hemos recordado, entre otras en nuestra STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5, con cita de la anterior 76/1990, de 26 de abril, FJ 9 A), que son rasgos esenciales del derecho a la igualdad del artículo 14 CE los siguientes: “a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”. En el mismo sentido, SSTC 61/2013, FJ 4.a), y 156/2014, FJ 4.

En este caso, y por lo visto hasta aquí, parece faltar el primero de los requisitos exigibles para una desigualdad de trato constitucionalmente admisible, su justificación objetiva y razonable. También parece quedar afectada la proporcionalidad, desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, añade una reducción también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje sobre la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo. Conviene recordar que las Sentencias dictadas en cuanto al cálculo de la pensión (SSTC 253/2004, 61/2013, 156/2014 y 110/2015), declaran que no es contrario al artículo 14 CE que la prestación para el trabajador a tiempo parcial sea inferior pero refiriéndose, exclusivamente, a la base reguladora que se determina por la base efectiva de cotización, no en cuanto al cálculo del periodo para fijar la cuantía de ésta (porcentaje sobre la base).

7. Finalmente, debe indicarse que en la providencia dando trámite a las partes sobre el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre los dos preceptos allí señalados como concernidos, se añadió como posible causa de lesión del artículo 14 inciso segundo CE la discriminación indirecta por razón de sexo, al no estar en este punto constreñidos por la demanda de amparo tanto porque la cuestión de inconstitucionalidad la plantea directamente esta Sala, ex artículo 55.2 LOTC, como porque subsidiariamente cabría siempre su ampliación por la vía del artículo 39.2 LOTC.

Se tuvo en cuenta para ello, lo ya resuelto por este Tribunal en sus SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, FFJJ 7 y 8; y 61/2013, de 14 de marzo, FFJJ 5 y 6, donde con base en datos estadísticos aportados por el órgano judicial promotor de la respectiva cuestión de inconstitucionalidad (que en el presente caso, solo podría serlo esta Sala Segunda) y actualizados por el Tribunal de oficio (STC 253/2004, FJ 8), se determinó que los preceptos objeto de dichas cuestiones perjudicaban de modo mayoritario a trabajadoras mujeres, que son el colectivo predominante en el trabajo a tiempo parcial.

Así las cosas, la consulta de estadísticas actuales en el mercado laboral, siguen indicando que el porcentaje de mujeres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial, es claramente superior al de los hombres. Concretamente, en el primer trimestre de 2018, los hombres representaban el 23,50 por 100 y las mujeres el 76,49 por 100. En el segundo trimestre del 2018, los hombres eran el 24,07 por 100 y las mujeres el 75,93 por 100, mientras que en el tercer trimestre de 2018 (el último computado), los hombres son el 24,41 por 100 y las mujeres el 75,59 por 100 (Fuente: Instituto Nacional de Estadística. “Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y tipo de jornada. Jornada a tiempo parcial”).

Desde esta perspectiva, toda vez que existen dudas fundadas sobre la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por vulnerar el derecho a la igualdad, cabría también pensar en la lesión del artículo 14 CE por discriminación indirecta por razón de sexo, en perjuicio de la mujer trabajadora a tiempo parcial. Aunque en este caso el recurrente del proceso a quo no es una mujer, la norma cuestionada resulta de aplicación universal para todos los trabajadores a tiempo parcial y, desde luego, le fue aplicada al demandante de amparo según se ha indicado en los Antecedentes y en el fundamento jurídico 5 de esta resolución.

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Elevar al Pleno del Tribunal cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, “para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social”, por posible contradicción con el artículo 14 CE, con suspensión del plazo para dictar sentencia en el presente recurso de amparo núm. 6416-2016.

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil diecinueve.