|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 200/2007 |
| Fecha | de 27 de marzo de 2007 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Manuel Aragón Reyes. |
| Núm. de registro | 8128-2006 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 8128-2006 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 3 de agosto de 2006 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara, al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento núm. 222-2006 que se tramita ante dicho Juzgado, el Auto de 21 julio de 2006 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 140.2, en relación con el art. 109.1, apartado 1, ambos del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por presunta vulneración del art. 14 CE.

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

a) Doña. Mª de las Nieves Fernández de las Heras fue declarada por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 18 de agosto de 2004 en situación de incapacidad permanente absoluta, con efectos de 16 de julio de 2004 y con derecho a una pensión del 100% de su base reguladora, fijada en 771,32 euros, calculada conforme a las bases de cotización del periodo de junio de 1998 a junio de 2004, ambos inclusive.

b) El 3 de noviembre de 2005 doña Mª de las Nieves Fernández de las Heras formuló ante el INSS solicitud de revisión de la base reguladora que sirvió para fijar la cuantía de la pensión de incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida. Basaba su solicitud en el hecho de que a partir de 1 de junio de 1998 se acogió al derecho contemplado en el art. 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) de reducción de jornada laboral, en un tercio, con la consiguiente reducción proporcional de salario y cotizaciones, primero por cuidado de su hija menor y luego para atender a su madre, e invocaba al efecto la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su STC 253/2004, de 22 de diciembre, con la pretensión de que la base reguladora de su pensión de invalidez se calculara como si durante el periodo tomado en consideración (junio de 1998 a junio de 2004) hubiera trabajado y cotizado a la Seguridad Social a tiempo completo.

c) La solicitud de revisión fue denegada por Resolución del INSS de 21 de noviembre de 2005. Contra la misma interpuso doña Mª de las Nieves Fernández de las Heras reclamación previa, que fue desestimada por Resolución de 2 de febrero de 2006. Agotada así la vía administrativa, interpuso demanda ante la jurisdicción social, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara (Autos núm. 222/2006).

d) Celebrado el juicio, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara dictó providencia de 23 de junio de 2006 por la que acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo de diez días, de conformidad con el art. 35.2 LOTC, sobre la pertinencia de plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 12.4.d), en relación con el art. 37.5, ambos LET, así como en relación con los arts. 109.1, apartado 1, y 140.2, ambos LGSS, por su posible contradicción con el art. 14 CE, en cuanto al cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta en el supuesto de reducción de jornada por cuidado de hijo menor o de persona mayor a cargo.

e) El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que legalmente ostenta, presentó su escrito de alegaciones con fecha 17 de julio de 2006 en el que expone su postura contraria al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Tras recordar los antecedentes del asunto, analiza el Letrado de la Administración de la Seguridad Social la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, en cuanto a la incidencia de la menor cotización en los contratos a tiempo parcial, que afectan básicamente a la población laboral femenina, en los periodos de cotización exigidos por la LGSS para el acceso a las diferentes prestaciones, y recuerda asimismo que el principio de contributividad es esencial en nuestro Sistema de Seguridad Social, como la propia doctrina constitucional ha tenido ocasión de señalar en la referida STC 253/2004 y en otras anteriores (se invocan las SSTC 77/1995, 197/2003 y 186/2004).

En fin, con cita de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se razona por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que la reducción proporcional de salario y por tanto de cotizaciones en los trabajos a tiempo parcial determina, en la lógica contributiva del Sistema de Seguridad Social, una pensión de cuantía proporcional a lo efectivamente cotizado, lo que en modo alguno puede estimarse lesivo del principio de igualdad, ni directamente ni en su vertiente de discriminación indirecta de la mujer, en los supuestos de jornada reducida por guarda legal de hijo menor acogiéndose a lo dispuesto en el art. 37.5 LET.

f) Ni la representación procesal de doña Mª de las Nieves Fernández de las Heras ni el Ministerio Fiscal formularon alegaciones.

g) Finalmente el Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara dictó el Auto de 21 julio de 2006, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 140.2, en relación con el art. 109.1, apartado 1, ambos LGSS, por vulneración del art. 14 CE, “en lo relativo al contrato de tiempo parcial de que es sujeto la demandante, por el disfrute del derecho a atender a su hijo menor de seis años y luego a su madre, a que se refiere el art. 37.5 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en relación con su art. 12.4.d), de manera que se debe aplicar a la actora el mismo sistema de contabilización de base reguladora que si se hubiera desempeñado la jornada a tiempo completo, durante todo el tiempo en que lo ha hecho a jornada reducida por las causas citadas”.

3. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en su Auto de 21 de julio de 2006 en las consideraciones que seguidamente se expresan.

Comienza el Juzgado por referirse a la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad en la ley (art. 14 CE), con particular atención a la STC 253/2004, de 22 de diciembre, en la que se declaró que la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial, a efectos del cómputo de los periodos de carencia exigibles para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social, conduce a un resultado claramente desproporcionado, y por tanto lesivo del principio de igualdad ante la ley, y asimismo constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, al afectar dicha situación de forma predominante a las mujeres trabajadoras.

Advierte el Juzgado cuestionante que es cierto que en la propia STC 253/2004 también se señala que no resulta contrario al art. 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo, en la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, y es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora. Sin embargo entiende el Juzgado proponente de la cuestión que esta doctrina debe ser matizada en los supuestos de jornada reducida por guarda legal de hijo menor de seis años o adulto incapacitado, conforme a lo dispuesto en el art. 37.5 LET, como ocurre en el caso enjuiciado. Este derecho, al que se acogen fundamentalmente las mujeres trabajadoras, como los datos estadísticos ponen de manifiesto, pretende promover la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, y es una manifestación esencial del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado en el Derecho Comunitario Europeo, citándose por extenso en el Auto de planteamiento de la cuestión, entre otras disposiciones, la Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero de 1976 (modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002), la Directiva 1979/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, la Directiva 1986/378/CEE, de 24 de julio de 1986 (modificada por la Directiva 1996/97/CE, de 20 de diciembre de 1996), y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004. Cita asimismo el Juzgado proponente la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo.

Partiendo de lo anteriormente expuesto considera el Juzgado proponente que el hecho de que sean las mujeres trabajadores quienes mayoritariamente se acogen a la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de seis años o adulto incapacitado, conforme a lo dispuesto en el art. 37.5 LET, con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones, no debe determinar consecuencias negativas en la cuantía de las futuras prestaciones de Seguridad Social que puedan causar, pues ello comportaría una diferencia de trato por razón de sexo que no resulta objetivamente justificada y razonable, resultando por tanto lesiva del art. 14 CE. Para eliminar esta inconstitucional discriminación por razón de sexo se debe aplicar a la mujer trabajadora que se acoge al derecho contemplado en el art. 37.5 LET, durante el periodo de trabajo y cotización a jornada reducida, el mismo sistema de cálculo de la base reguladora de la prestación que si hubiera trabajado (y cotizado) a tiempo completo.

4. Mediante providencia de 8 de noviembre de 2006 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, por si fuere notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC).

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones con fecha 11 de diciembre de 2006. Comienza señalando que es dudoso el cumplimiento del juicio de relevancia en el Auto de planteamiento de la cuestión, toda vez que el Juzgado proponente, más que argumentar que un específico mandato normativo relativo al cálculo de las bases de cotización de las pensiones puede resultar discriminatorio para las mujeres, lo que hace es proponer una particular interpretación integradora de los preceptos cuestionados, que, en opinión del Juzgado proponente, conduciría a la conclusión de la procedencia de aplicar las bases de cotización correspondientes a jornada completa en aquellos casos en los que haya existido una previa reducción de jornada como consecuencia de la dedicación al cuidado de los hijos menores, en cuyo caso no se alcanza a comprender la razón del planteamiento de la cuestión, pues el Juzgado debería sin más fallar conforme a su criterio interpretativo. Sin perjuicio de lo anterior sostiene el Fiscal General del Estado que el Juzgado proponente de la cuestión no justifica el motivo por el cual las dos genéricas previsiones del art. 140.2, en relación con el art. 109.1, apartado 1, ambos LGSS, puedan ser contrarias al art. 14 CE, pues dichos preceptos contienen, sin más, la expresión de una regla proporcional entre lo cotizado y la cuantía de la futura pensión a percibir.

Para el adecuado enfoque del problema suscitado por el Juzgado proponente de la cuestión es necesario —continúa el Fiscal General del Estado— un somero análisis de los antecedentes normativos y la evolución legislativa de la figura de la contratación a tiempo parcial, a fin de desentrañar su justificación y finalidad pretendidas en el ámbito de las relaciones laborales, que no es otra que la de fomentar la contratación y reducir así la tasa de desempleo, siendo consustancial al contrato a tiempo parcial la proporcionalidad de retribuciones y cotizaciones (jornada reducida, salario proporcionalmente reducido y cotización a la Seguridad Social en razón de las horas o días realmente trabajados). La actual regulación del contrato a tiempo parcial, contenida en el art. 12 LET (en la redacción resultante de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad), se limita a los aspectos laborales, en tanto que la regulación a efectos de Seguridad Social se contiene en el art. 166.1 y en la disposición adicional séptima de la LGSS, así como en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (y deroga el precedente Real Decreto 144/1999, de 29 de enero). Dicha regulación mantiene el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas para determinar los periodos de cotización exigidos, pero atenuado mediante diversas reglas correctoras, con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial. Así se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientas veintiséis horas anuales, a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, computándose las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. Además de ello, para las pensiones de jubilación e invalidez permanente, se introduce una regla específica correctora que facilita el acceso a la protección, consistente en la aplicación de un coeficiente multiplicador del 1,5 sobre los días teóricos de cotización. Por su parte el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, añadió una regla especial, ahora contemplada en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, sobre incremento proporcional del período inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante en el que se ha de reunir la cotización mínima exigida para causar derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, con el objeto de facilitar su cumplimiento cuando las cotizaciones derivan de contratos a tiempo parcial.

Es en el marco del anterior panorama normativo en el que se ha de proceder al examen de la cuestión suscitada, en la que el Juzgado de lo Social proponente imputa a la norma cuestionada una discriminación lesiva del art. 14 CE, en función de que el trabajo a tiempo parcial constituye una modalidad de empleo a la que se acogen mayoritariamente las mujeres, suponiendo entonces la menor cuantía de la prestación a percibir una diferencia de trato por razón de sexo con relación a los trabajadores varones, que en un porcentaje mucho más reducido acuden a esta modalidad de contratación laboral. Sustenta además tal criterio el Juzgado proponente de la cuestión en la cita del art. 10.2 CE, que impone la integración de la materia referida a derechos fundamentales con las normas contenidas en tratados o acuerdos internacionales, invocando al respecto el contenido de las Directivas 97/80/CE, 2002/73/CE, y 97/81/CE, que, en esencia, consideran como supuesto de discriminación indirecta cualquier disposición, criterio o práctica aparentemente neutros que afecten a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulten adecuados o necesario y puedan justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.

Partiendo de las premisas expuestas sostiene el Fiscal General del Estado que el contrato a tiempo parcial y el particular régimen de protección de Seguridad Social anudado al mismo poseen una específica justificación, sustentada en circunstancias objetivas en modo alguno relacionadas con la pertenencia a uno u otro sexo, pues esta modalidad contractual nace con el único propósito de fomentar el empleo, constituyendo una útil herramienta en la lucha contra el paro dirigida a muy diversos colectivos (jóvenes, mujeres, trabajadores desempleados de larga duración, etc.), buscándose obtener por esta vía un reparto del trabajo disponible de carácter estrictamente voluntario. Es, por tanto, una forma contractual que permite la integración progresiva de estos colectivos en el mercado laboral, como medio, entre otros, para que los jóvenes encuentren la posibilidad de una etapa de adaptación al trabajo a la salida del sistema educativo, creándose puestos de trabajo que les permitan familiarizarse con la vida laboral y completar su formación a través del trabajo. Precisamente la Directiva 97//81/CE (Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial), citada en el Auto que plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad, se hace eco en su preámbulo de la utilidad y plena justificación de tal tipo de contrato, al afirmar que “el trabajo a tiempo parcial ha tenido [en Europa] un importante impacto en el empleo durante los últimos años”. Por otra parte la cláusula 4 del citado Acuerdo establece que, por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables, por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas; y por lo que se refiere al concreto tema de las prestaciones de Seguridad Social (aun no siendo estrictamente condiciones de empleo) ha de concluirse que tales razones objetivas existen, pues al tratarse de pensiones contributivas resulta imprescindible para el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social (STC 253/1998) la previa cotización por tiempo y cuantía suficientes para devengar el derecho. Se trata, pues, de un trato desigual que no supone discriminación lesiva del art. 14 CE, pues aparece provisto de una justificación objetiva y razonable, como exige la Doctrina constitucional (SSTC 22/1981, 23/1981, 177/1993).

En tal sentido señala también el Fiscal General del Estado que debe precisarse que la STC 253/2004, invocada en el Auto de planteamiento de la cuestión, declaró, en efecto, la inconstitucionalidad del art. 12.4 LET (en la redacción resultante del Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo), pero ello fue así porque dicho precepto establecía una regla excesivamente rígida, cual era la exigencia de un periodo de carencia idéntico para el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial, lo que en la práctica suponía una enorme dificultad para que los trabajadores a tiempo parcial pudieran completar el periodo de carencia exigido para causar derecho a las pensiones de la Seguridad Social, de suerte que esa regla conducía a un resultado desproporcionado y por ello lesivo del derecho a la igualdad. No obstante la propia STC 253/2004 se hace eco de la normativa promulgada tras el planteamiento de la cuestión allí resuelta para corregir los resultados de la aplicación de esa regla de proporcionalidad estricta, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social. Esa normativa es la que actualmente se contiene en la disposición adicional séptima de la LGSS y en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, con la aplicación de las reglas correctoras antes señaladas, a fin de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial.

En atención a todo lo razonado concluye el Fiscal General del Estado que los preceptos legales cuestionados no incurren en contradicción con el art. 14 CE.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 140.2, en relación con el art. 109.1, apartado 1, ambos de la Ley General de la Seguridad Social, por vulneración del art. 14 CE, al entender que los periodos en los que la mujer trabaja a tiempo parcial por haberse acogido al derecho de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años o familiar a cargo (art. 37.5 Ley del Estatuto de los Trabajadores ) deberían computarse como si se hubiera desempeñado la jornada a tiempo completo a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes que pueda causar la mujer. Por su parte el Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por entender que los arts. 109.1, apartado 1, y 140.2 LGSS no son contrarios al art. 14 CE.

El tenor literal del apartado 1 del art. 109.1 LGSS es el siguiente: “La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena”.

A su vez, el art. 140.2 LGSS, relativo al cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, establece lo siguiente: “En los supuestos en que se exija un período mínimo de cotización inferior a ocho años, la base reguladora se obtendrá de forma análoga a la establecida en el número anterior, pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante”.

2. Conviene precisar que, en rigor, lo que se plantea por el Juzgado proponente es un problema de inconstitucionalidad por omisión o “insuficiencia normativa”, en la medida en que el legislador no ha contemplado expresamente, al establecer la regla general de cálculo de la base reguladora de las pensiones por incapacidad permanente, una regla específica referida al supuesto de ejercicio del derecho a la reducción de jornada previsto en el art. 37.5 LET.

El Jugado proponente de la cuestión considera que el legislador ha permitido así que se produzca un efecto de discriminación indirecta contra la mujer trabajadora (por ser las mujeres quienes, en la mayoría de los casos, como revela la estadística, se acogen a dicha modalidad de conciliación de la vida laboral y familiar) al no contemplar una regla por la cual la base reguladora (y, por tanto, la cuantía) de las pensiones por incapacidad permanente, en los casos en que la situación de invalidez permanente venga precedida de algún periodo de reducción de jornada por guarda legal de un menor de seis años o de un discapacitado (con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones sociales), se calcule durante ese periodo, no sobre lo efectivamente cotizado, sino sobre las cotizaciones que se habrían efectuado de haberse mantenido la trabajadora en dicho periodo a jornada completa. En suma, a juicio del Juzgado proponente el legislador habría incurrido en inconstitucionalidad por omisión al no contemplar una regla de cotizaciones ficticias en estos casos (dicho en términos del propio Auto de planteamiento, “una acción estatal positiva”, consistente en “adoptar una medida económica que compense la cotización desventajosa sufrida por razón de sexo”).

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

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

En este sentido hemos declarado reiteradamente que el concepto de “cuestión notoriamente infundada” encierra un cierto grado de indefinición, el cual se traduce procesalmente en la necesidad de otorgar a este Tribunal un determinado margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (AATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995, de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 229/1999, de 28 de septiembre, FJ 2; 119/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 311/2000, de 19 de diciembre, FJ 3; 46/2001, de 27 de febrero, FJ 2; 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3; 28/2002, de 26 de febrero, FJ 3; 269/2003, de 15 de julio, FJ 2 y 63/2004, de 24 de febrero, FJ 2, entre otros muchos).

En atención a esta consolidada doctrina debemos señalar que las dudas expresadas por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara sobre la constitucionalidad del art. 140.2, en relación con el art. 109.1 (párrafo primero), ambos LGSS, desde la perspectiva de la presunta vulneración del art. 14 CE (en su dimensión de prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo), no resultan suficientes para justificar la admisión a trámite de la presente cuestión.

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

E igualmente es incuestionable que esa menor cotización derivada de la reducción de jornada, y por tanto del salario, puede afectar a la cuantía de una eventual pensión por invalidez permanente (o a otras prestaciones de Seguridad Social) que pueda en el futuro causarse por la trabajadora (o el trabajador, en su caso) que se haya acogido al derecho contemplado en el citado art. 37.5 LET. Pues si, de conformidad con el art. 140.2 LGSS, en relación con los arts. 109.1 y 140.1 LGSS, durante el periodo de cotización tomado en consideración para obtener la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común el trabajador o la trabajadora disfrutó en todo o en parte del derecho a reducción de jornada del art. 37.5 LET, la menor base de cotización en ese periodo de jornada reducida determinará una base reguladora inferior para el cálculo de la pensión de incapacidad permanente y, con ello, una cuantía inferior de dicha prestación.

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

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

En efecto, nótese que lo que discutido en el presente asunto no es el acceso a la pensión de Seguridad Social (requisito de carencia), sino la cuantía de la misma. En la STC 253/2004 se declaró la nulidad del precepto que penalizaba a los trabajadores a tiempo parcial en su carrera de seguro al computar exclusivamente las horas trabajadas en cada jornada, no sólo para calcular la base reguladora y con ello la cuantía de la prestación de Seguridad Social (lo cual la STC 253/2004 considera plenamente conforme con el art. 14 CE, al margen de que el contrato a tiempo parcial sea una modalidad que afecte fundamentalmente a las mujeres), sino también para determinar los periodos de cotización o carencia de las prestaciones de Seguridad Social. Y así se razona en la STC 253/2004, FJ 6, que dicha regla, la relativa al cómputo del períodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial, quiebra el principio de igualdad consagrado por el art. 14 CE, porque:

“conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios periodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial. En efecto, no resulta contrario al art. 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora.

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

Justamente por ello, como acertadamente advierte el Fiscal General del Estado, la normativa promulgada tras el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 253/2004, y de la que la propia Sentencia se hace eco en su FJ 3, responde a la finalidad de corregir los inaceptables resultados que venía provocando la aplicación de la regla de proporcionalidad estricta para el cómputo del periodo de carencia en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social, normativa que se contiene en la disposición adicional séptima de la LGSS (en la redacción resultante de la Ley 12/2001, de 9 de julio) y en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que establecen la aplicación de medidas correctoras para el cálculo de los periodos de cotización.

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

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

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

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

Sin embargo, que la actual regulación legal no contemple una norma específica que permita considerar como cotizados a jornada completa, a efectos del cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social, los periodos trabajados (y cotizados) a jornada reducida (por razones de guarda legal, por trabajo a tiempo parcial, etc.), no determina la inconstitucionalidad por omisión que pretende el Juzgado proponente por las razones expuestas, siendo al legislador a quien, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de la Seguridad Social, le corresponde decidir (dentro del respeto a la garantía institucional consagrada por el art. 41 CE), acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 361/1993, de 3 de diciembre, FJ 2; y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, por todas, así como ATC 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 3).

Por todo lo cual, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil siete

### Votos

Voto particular que formulan la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde y la Magistrada doña Elisa Pérez Vera frente al Auto del Pleno que inadmite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8128-2006, promovida por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara

Con el debido respeto a la decisión mayoritaria que se recoge en el Auto de inadmisión dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8128-2006, haciendo uso de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, manifestamos a través de este Voto nuestro parecer discrepante, tal y como lo mantuvimos en las deliberaciones del Pleno.

1. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Guadalajara cuestiona la constitucionalidad del art. 140.2, en relación con el art. 109.1, apartado 1 LGSS, a la luz del derecho de reducción de jornada por cuidado de hijo menor o familiar a cargo previsto en el art. 37.5 LET, por vulneración del art. 14 CE, en su dimensión de prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo. La cuestión se inadmite por entender que las dudas expresadas por el órgano judicial cuestionante “no resultan suficientes para justificar [su] admisión a trámite” (FJ 3), es decir, por resultar “notoriamente infundada” (art. 37.1 LOTC). Para llegar a tal conclusión el Auto realiza un pormenorizado estudio de nuestra legislación en materia de Seguridad Social poniendo especial énfasis en el carácter contributivo de sus prestaciones en relación especialmente con el régimen jurídico de los contratos a tiempo parcial, a la luz de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 253/2004, de 22 de diciembre.

2. En nuestra opinión el punto de partida tendría que haber sido otro. En efecto, si bien los trabajadores con contratos a tiempo parcial y aquellos que se acogen a la reducción de jornada prevista en el art. 37.5 LET (que ha resultado modificado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres) pueden encontrarse, durante ese período de su vida laboral, en condiciones laborales similares, no pueden ignorarse las diferencias entre ambas situaciones. Y es que, mientras el trabajador con un contrato a tiempo parcial se encuentra sujeto a un régimen jurídico, en principio omnicomprensivo, diseñado para una concreta figura contractual, el trabajador a tiempo completo que se acoge a la reducción de jornada para cuidar a familiares a su cargo al hacerlo ejercita un derecho legalmente configurado, pero que encuentra fundamento directo en la Constitución (art. 39). De ahí que, al regular esa transformación contractual temporal específica, el legislador haya de tener en cuenta todas sus posibles repercusiones, incluida la aquí cuestionada, es decir, la incidencia de esa fase de la vida laboral del trabajador sobre las bases reguladoras de las distintas prestaciones de la Seguridad Social y su “carrera contributiva” en orden a la obtención de la protección de aquélla. Pues bien esa regulación diferenciada, que —insistimos— no puede obviarse por la mera remisión a la normativa rectora de los contratos a tiempo parcial, ha de realizar una valoración constitucional del fin perseguido por el legislador al establecer un derecho como el previsto en el art. 37.5 LET, por lo que, en principio, no resultará constitucionalmente válida una regulación que implique un perjuicio o tratamiento peyorativo para el trabajador por el hecho de su ejercicio.

Como hemos indicado, el citado precepto del Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de que los trabajadores, dentro de unos determinados límites, reduzcan su jornada laboral para atender al cuidado directo de un hijo menor de seis años o de ciertos familiares, con la disminución proporcional de salario que corresponda. La medida se entronca, pues, sin ningún forzamiento, en lo dispuesto en el art. 39.1 CE cuando establece que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Por tanto, es a la luz de esta finalidad constitucionalmente proclamada como debería abordarse el examen de los arts. 140.2 en conexión con el 109.1, apartado primero del Texto refundido de la LGSS. Y es evidente que su aplicación al trabajador que opta por la reducción de jornada por alguna de las razones a que se refiere el art. 37.5 LET se atiene exclusivamente al principio de contributividad de nuestro sistema de Seguridad Social, sin tener en cuenta la singularidad de la modificación contractual descrita y la presencia en la misma de valores constitucionalmente protegidos, provocando un trato desfavorable al trabajador que ejerza el derecho legal, que le ha sido reconocido en aras de la satisfacción de tales valores constitucionales, por omisión o insuficiencia normativa.

Precisamente por ello el supuesto examinado no puede asimilarse al resuelto en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, en la que se apoya el Auto del que discrepamos, ya que en aquélla no concurrían los factores adicionales a que se acaba de hacer referencia, señaladamente la vinculación de la situación laboral en cuestión con los principios consagrados en el art. 39 CE. En consecuencia, discrepamos abiertamente del Auto de la mayoría, considerando por las razones dichas y por las que diremos a continuación que la cuestión no es notoriamente infundada por lo que debió ser admitida a trámite.

3. Dimensión no menor de la cuestión es que, como señala el órgano proponente y recoge el Auto de la mayoría, resulta innegable (y la información estadística que se incorpora al Auto de planteamiento de la cuestión así lo corrobora) que son las mujeres trabajadoras quienes de manera mayoritaria se acogen al derecho (art. 37.5 LET) considerado (FJ 4), lo que comporta, a criterio del Juez que plantea la cuestión, una diferencia de trato por razón de sexo que no resulta objetivamente justificada y razonable, resultando por tanto discriminatoria y lesiva del art. 14 CE.

Como este Tribunal ha reiterado en varias resoluciones la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE “comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo” ( por todas, STC 198/1996, de 3 de diciembre, FJ 2). Ahora bien, la incorporación de la discriminación indirecta al contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que se ha de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones que se derivan de normas formalmente neutras; en efecto, para apreciar si la norma considerada encubre o permite encubrir una discriminación contraria a la Constitución deberá atenderse “necesariamente a los “datos revelados por la estadística” (STC 128/1987, FJ 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999”, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez) (STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6, y las allí citadas). Pues bien, como el Auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad prueba la estadística demuestra que la opción contemplada por la norma considerada es utilizada de manera abrumadoramente mayoritaria por las mujeres trabajadoras.

Así este factor adicional ha de tomarse también en consideración, pues resulta a todas luces decisivo, toda vez que pone de relieve que no cabe sostener, al analizar la omisión o insuficiencia legislativa que se cuestiona, que las mujeres trabajadoras que hacen uso de ese derecho de reducción de jornada (art. 37.5 LET), en tanto que es concreción del art. 39 CE, estén en la misma situación —o ejercitando un derecho asimilable en su naturaleza— que otros trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial o reducen su jornada por razones diferentes. Si así se hiciera, se haría prevalecer sobre la dimensión constitucional en juego el hecho de que las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, es decir, se haría prevalecer un determinado régimen legal sobre la garantía de que el ejercicio y disfrute de derechos de fuente constitucional (de protección a la familia y de no discriminación por razón de sexo, en este caso) no pueda causar perjuicios a su titular. No se olvide, como dijera recientemente la STC 154/2006, de 22 de mayo, que el mantenimiento del régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE), lo mismo que los principios contenidos en el art. 39 CE (allí se citaba, en atención al caso enjuiciado, la protección integral de los hijos con independencia de su filiación —art. 39.2 CE—), “se contienen en el título I del Texto Constitucional, lo que permite establecer una directa relación entre ellos y el derecho fundamental invocado (art. 14 CE)”. De suerte que es imprescindible ese esquema unitario de aproximación, para evitar tanto la discriminación indirecta por razón de sexo como el impacto indirecto o reflejo que tiene la cuestión de referencia en las necesidades de la familia. Lo que, a nuestro juicio, no hace el Auto del que discrepamos.

Por todo lo anterior, y sin prejuzgar en este momento el sentido del fallo, entendemos que la cuestión suscitada no resultaba notoriamente infundada, por lo que debió de ser admitida a trámite.

Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil siete