

El Pleno de este Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3361-2012 promovida por la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, con relación al apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 de la Constitución. Han comparecido y formulado alegaciones, el Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 6 de junio de 2012 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional escrito de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 26 de abril de 2012 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS), por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 CE.

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

a) Por resolución de la Dirección Provincial de Granada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 11 de marzo de 2009 se reconoció a Don J.M.M. el derecho a percibir una pensión mensual vitalicia de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común del 100 por 100 de su base reguladora de 585,89 euros. Para el cálculo de la base reguladora el INSS tuvo en cuenta en el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2000 y el 30 de noviembre de 2008 el importe de las bases de cotización mínimas, así como que no existió obligación de cotizar desde el mes de febrero de 2001 hasta el de enero de 2004.

b) Disconforme con la base reguladora fijada en la indicada resolución, el actor formuló reclamación previa, que fue desestimada, y posteriormente demanda, en la que solicitaba que para el cálculo de la base reguladora de la pensión reconocida se computaran las bases mínimas para mayores de 18 años en el período comprendido entre el mes de marzo de 2002 y el mes de febrero de 2009.

c) Por Sentencia de 18 de octubre de 2010, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Granada desestimó la demanda, por aplicación de lo dispuesto en el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS, ya que la integración de lagunas en los casos de trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial y cuando existan períodos sin obligación de cotizar “se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las

aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”.

d) Contra dicha Sentencia interpuso el trabajador recurso de suplicación, que fue estimado parcialmente por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de marzo de 2011, en el sentido de integrar las lagunas existentes a partir del mes de marzo de 2001 y hasta el mes de enero de 2004 con las bases mínimas de cotización correspondientes al período de referencia para mayores de 18 años a tiempo completo, condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración y al abono de las diferencias resultantes de la mayor base reguladora así fijada. En el fundamento jurídico segundo de la Sentencia se recoge con valor fáctico que “el actor ha cotizado un total de 8.865 días y siendo de ellos únicamente 37 días los que corresponden con un período de trabajo a tiempo parcial (40 por 100 de la jornada), ese diferencial supone el 0,42 por 100 del cómputo total de la prestación de servicios a lo largo de la vida laboral de dicho trabajador”. En base a ello, entiende la Sentencia que desde marzo de 2001, en que se produjo la extinción del contrato a tiempo parcial iniciado en diciembre de 2000, y hasta el mes de enero de 2004 en que el trabajador volvió a ser contratado, se han de integrar las lagunas existentes, pero no como hizo el INSS sino con las bases mínimas de cotización correspondientes al período de referencia para mayores de 18 años a tiempo completo, por ajustarse esta solución a una realidad específica, cual es la de un trabajador que ha prestado servicios a tiempo parcial en un período ocasional y limitado en su dilatada actividad global.

e) La Sentencia anterior fue recurrida por el INSS en casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, aduciendo la vulneración por la Sentencia recurrida de la disposición adicional séptima, número 1, regla 3ª, b) LGSS y aportando como Sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 de julio de 2009.

f) Por providencia de 30 de junio de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acordó la admisión a trámite del recurso, acordando al mismo tiempo oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas sobre una posible nulidad de las actuaciones posteriores de la Sentencia de instancia por la posibilidad de que la indicada Sentencia no fuera susceptible del recurso de suplicación en el que recayó la Sentencia recurrida, por razón de la cuantía. El citado trámite fue cumplimentado tanto por

el INSS, como por el Ministerio Fiscal y el trabajador recurrido, informando los dos primeros en el sentido de estimar procedente la nulidad de las actuaciones, y en sentido contrario el último.

g) Por providencia de 13 de diciembre de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35 LOTC, conceder a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que pudieran formular alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad del apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS. Señala la providencia que la duda se suscita en la medida en que la citada disposición, al establecer la aplicación de las bases mínimas por horas que correspondan en función del último contrato, cuando éste es a tiempo parcial, introduce un trato desigual peyorativo y arbitrario para los trabajadores que, como el actor, han mantenido en su vida laboral amplios períodos de cotización a tiempo completo y que, sin embargo, tras un cierto período de contratación a tiempo parcial, verán reducida de manera desproporcionada su pensión al realizarse la integración de lagunas a través de las bases mínimas parciales por horas. De esta forma, añade, la aceptación de un empleo a tiempo parcial es objeto de una penalización, que opera, además, de una manera desproporcionada, pues la reducción que aplica no guarda relación con la carrera de seguro del trabajador. Es también una solución que podría considerarse arbitraria, pues en el caso contrario, un período amplio de cotización a tiempo parcial seguido de un breve período de contratación a tiempo completo llevaría a conceder un beneficio igualmente desproporcionado. Por lo que la norma podría ser contraria al principio de igualdad (art. 14 CE), al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y a la tutela antidiscriminatoria del art. 14 CE, por afectar de manera especial a las mujeres, por lo que, siendo su validez determinante para la resolución del caso, una vez aceptadas la contradicción y la competencia funcional de la Sala, por concurrir en el caso la afectación general, procedería plantear cuestión de inconstitucionalidad.

h) El 19 de enero de 2012, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSS, presentó sus alegaciones, considerando improcedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Considera, en primer lugar, que la disposición cuestionada no vulnera el principio de igualdad. Señala que el Sistema de Seguridad Social se asienta sobre el principio de contributividad, que conlleva la aplicación del principio de proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado, sin que se vea

afectado el principio de igualdad cuando circunstancias diferentes tienen un tratamiento diferente, de manera que la pensión resultante sea un fiel reflejo de la previa vida laboral del beneficiario. Niega que la regla cuestionada implique una penalización en la carrera de seguro derivada de la aceptación de un trabajo a tiempo parcial, pues se trata de atribuir cotizaciones ficticias a un período durante el cual no se cotizó, por lo que difícilmente puede considerarse que se está penalizando una carrera de seguro, por otro lado inexistente. Tampoco aprecia que la solución del legislador resulte arbitraria, pues lo que la regla determina es que la integración de las lagunas se realice según la presunta cotización que el beneficiario habría realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar, lo que supone una especie de prórroga ficticia de la misma, si bien sobre bases mínimas; la arbitrariedad se produciría, al contrario, si se integraran tales períodos, subsiguientes a una actividad a tiempo parcial, con bases a tiempo completo. Finalmente, no aprecia tampoco la existencia de discriminación, ni directa, dado que la regla cuestionada se aplica por igual a hombres y a mujeres, ni indirecta, toda vez que, al tratarse de un Sistema de Seguridad Social contributivo, existe una circunstancia objetiva y razonable que justifica que las cotizaciones ficticias se lleven a cabo en correspondencia con el número de horas contratadas en el período inmediatamente anterior a dejar de cotizar.

i) Por escrito presentado el 19 de enero de 2012 la representación procesal del trabajador recurrido presentó sus alegaciones manifestando su conformidad con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Indica en su escrito que la disposición en cuestión podría incurrir en inconstitucionalidad, en la medida en que penaliza de forma desproporcionada la aceptación de un contrato a tiempo parcial para quien ha tenido una larga vida laboral a tiempo completo, y a la inversa, al considerar ni tener presente para la integración de las lagunas, la carrera de seguro del trabajador, pudiendo considerarse desproporcionada y arbitraria tanto para quien el período de no cotización está precedido de un período corto de cotización a tiempo completo, en una larga vida laboral de cotización a tiempo parcial, como para el caso contrario de período corto de cotización a tiempo parcial en una larga vida laboral a tiempo completo, por lo que el beneficio a conceder se puede considerar desproporcionado y contrario al principio de igualdad en ambos supuestos. Y, en el mismo sentido, entiende que se puede considerar desproporcionada y arbitraria con vulneración del principio de igualdad, si se tiene presente que dicha contratación parcial incide, o es más habitual, con trabajadoras en lugar de con trabajadores.

j) El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones con fecha 8 de marzo de 2012, entendiéndose cumplidos adecuadamente los requisitos procesales para el planteamiento de la cuestión y apreciando la concurrencia de los juicios de aplicabilidad y relevancia.

f) La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, reunida en Sala General, dictó el Auto de 26 de abril de 2012, por el que se acuerda plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en orden a determinar si el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social es inconstitucional.

3. El Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 2012, fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que resumidamente se exponen a continuación.

Comienza la Sala los razonamientos jurídicos del Auto señalando que, aunque por providencia de 3 de junio de 2011 acordó oír a las partes sobre la posible falta de competencia funcional de la Sala por no ser recurrible en suplicación la Sentencia de instancia, la consideración posterior del asunto ha llevado a entender que el recurso de suplicación era procedente por la vía del apartado b) del número 1 del art. 189 LPL, por apreciarse la existencia de una proyección general al tratarse de la aplicación de un criterio uniforme del organismo gestor, que trasciende del caso concreto y que afecta a un número significativamente relevante de beneficiarios contratados a tiempo parcial.

Tras recoger los antecedentes básicos del caso, procede la Sala a justificar el juicio de relevancia, señalando que, si la disposición cuestionada es constitucional, la base reguladora del actor se habría calculado correctamente en el período controvertido en el recurso, porque no se cuestiona que la entidad gestora haya integrado ese período “con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en último término”. Lo que se discute en el recurso es, en definitiva, si para el período controvertido – febrero de 2001 a enero de 2004 – ha de estarse a la regla general sobre la integración de lagunas del párrafo 1º del número 4 del art. 140 LGSS o a la regla especial de la integración a partir de las bases mínimas “parciales” que contiene el precepto

cuestionado, quedando así resaltada la relevancia de la norma de cuya constitucionalidad se duda en orden a la decisión del recurso.

Entrando en la explicación del fundamento de la duda de constitucionalidad, comienza la Sala recordando que el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente por contingencias comunes y jubilación de los trabajadores a tiempo parcial se rige por dos normas. Una de ellas, que cabe calificar como regla especial de integración de la base reguladora, es la ahora cuestionada de la letra b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional 7ª LGSS. Pero, además, hay que tener en cuenta la que contiene el apartado a) del mismo precepto sobre la determinación de la base reguladora en los períodos en los que ha existido cotización a tiempo parcial. Así, considerando la regulación conjunta, resulta que:

1º.- En el cálculo de la base reguladora durante los períodos de empleo y cotización a tiempo parcial, la disposición adicional 7ª.1.3ª a) remite a las normas generales de los arts. 140 y 162 LGSS, lo que implica que el cálculo se realiza sobre las bases por las que se haya efectivamente cotizado durante el período de cómputo. Se trata de una regla de estricta proporcionalidad que conduce a bases reducidas en función de las horas trabajadas. No hay aquí integración de lagunas en función de que esas bases reales sean inferiores a las que hubieran correspondido de haber cotizado a tiempo completo, tal y como se desprende de los preceptos citados y como ha declarado la propia Sala en numerosas ocasiones. En ello se constata, sin embargo, una primera anomalía, pues si el trabajador en lugar de prestar servicios a tiempo parcial hubiera permanecido inactivo, se hubiera aplicado la integración de lagunas con las bases mínimas a tiempo completo, con lo que el empleo a tiempo parcial se desincentiva desde el momento en que a efectos de las pensiones de la Seguridad Social la inactividad tiene un tratamiento más favorable que la actividad a tiempo parcial.

2º.- En los períodos de inactividad que siguen a un período de cotización a tiempo parcial la norma aplicable establece la integración de lagunas. Pero las bases mínimas en este caso son las aplicables en cada momento que correspondan al número de horas contratadas en último término, es decir, conforme al contrato a tiempo parcial vigente en el momento del cese; bases mínimas que son obviamente inferiores a las generales, porque sobre éstas opera la reducción que deriva del menor tiempo de trabajo. La reducción se proyecta así hacia el futuro sobre toda la laguna a partir de la presunción de que el trabajador hubiera continuado

trabajando con la misma reducción de jornada que tenía en el momento de iniciarse el período de inactividad al que corresponde la laguna de cotización.

Señala el Auto del Tribunal Supremo que esta lógica podría tener sentido si el contrato a tiempo parcial fuera una opción estable y voluntaria de participación en el mercado de trabajo, pero si no lo es, el trabajador resulta perjudicado de forma desproporcionada por la aceptación de un contrato a tiempo parcial como forma de salir de una situación de desempleo, porque no sólo verá excluida la integración de lagunas durante su vigencia, sino que en el futuro se producirá una reducción de la integración al tomarse como referencia las bases mínimas parciales, mientras al que permanece en inactividad se la aplicará la integración sobre las mínimas generales a tiempo completo. Ello se advierte con claridad en el presente caso. El trabajador tiene un total de 8865 días de cotización, de los que sólo 90 lo han sido a tiempo parcial, que, sin embargo, han determinado una integración mediante bases mínimas parciales notoriamente inferiores a las que se hubiera aplicado, no sólo si el trabajador hubiera prestado servicios a tiempo completo, sino si simplemente hubiera estado inactivo, y ello durante un período de casi tres años.

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

Asimismo, afirma el Tribunal Supremo que la regla cuestionada podría considerarse arbitraria al no responder al principio contributivo y actuar aleatoriamente, sin tener en cuenta el conjunto de la carrera de seguro de los trabajadores. Por ello señala que una solución racional, acorde con el principio contributivo, sería la de integrar las lagunas de

forma proporcional a las actividades a tiempo completo y a tiempo parcial desarrolladas durante la vida laboral del trabajador.

Por último, indica la Sala, con cita de la STC 253/2004, que la norma cuestionada, aunque en apariencia neutra desde la perspectiva de sexo, podría en su aplicación práctica situar a las mujeres en una posición de desventaja a la hora de la determinación del importe de sus pensiones, al ser el contrato a tiempo parcial una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, por lo que podría ser contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, al no apreciarse que la norma cuestionada responda a la existencia de una circunstancia objetiva y razonable que la justifique.

Por todo lo expuesto, la Sala acuerda plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en orden a determinar si el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS es inconstitucional.

4. Mediante providencia de 13 de septiembre de 2012, el Pleno, a propuesta de la Sección Tercera de este Tribunal, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3361-2012 y reservarse para sí el conocimiento de la misma, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Igualmente, se acordó comunicar esta resolución a la Sala proponente a efectos de lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, y publicar la incoación de la cuestión en el “Boletín Oficial del Estado”, llevándose esto último a efecto con fecha de 21 de septiembre de 2012.

5. El Presidente del Senado comunicó a este Tribunal, mediante escrito registrado con fecha de 26 de septiembre de 2012, que la Mesa de la Cámara adoptó el acuerdo de personarse en el proceso, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Idéntica comunicación efectuó el Presidente del Congreso de los Diputados mediante escrito registrado en este Tribunal el día 27 de septiembre de 2012.

6. Por escrito registrado con fecha de 1 de octubre de 2012 se personó en el presente proceso constitucional la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y

representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y por diligencia de ordenación de la secretaría de justicia del Pleno de 2 de octubre de 2012 se le tuvo por personado y parte, y se le concedió un plazo de quince días para que pudiera formular alegaciones conforme a lo previsto en el art. 37.2 LOTC.

7. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso constitucional en nombre del Gobierno mediante escrito registrado el 5 de octubre de 2012, en el que solicita que se dicte Sentencia desestimatoria por las razones que a continuación se resumen.

Comienza señalando el Abogado del Estado que la cuestión debe ser inadmitida por falta de relevancia del precepto legal cuestionado. Se imputa a un precepto legal una inconstitucionalidad que, de existir, estaría realmente causada por un criterio aplicativo de la entidad gestora (INSS) que, aun pretendiendo ampararse en la disposición adicional 7^a.1.3^a b) LGSS, no exhibe conexión suficiente con su texto sino que, más bien, reposa en una presunción. En este sentido indica que la cuestión debatida en el litigio a quo se centra en cómo deben llenarse las lagunas o vacíos de cotización correspondientes a períodos de inactividad laboral, cuando en la carrera de seguro del solicitante de una pensión de jubilación o de incapacidad permanente por enfermedad común concurren cotizaciones por trabajo a tiempo completo y cotizaciones por trabajo a tiempo parcial. El INSS aplica una ficción de continuidad en la modalidad de trabajo, entendiendo que la laguna de cotización debe colmarse aplicando la base mínima correspondiente a la modalidad de tiempo completo/tiempo parcial del trabajo inmediatamente anterior a la inactividad generadora del vacío de cotización. Pues bien, a su juicio, la disposición adicional 7^a.1.3^a b) LGSS enuncia una regla pero no precisa su exacto campo o contexto de aplicación y así se pregunta si dicha regla se aplica solamente cuando toda la vida laboral de un trabajador ha discurrido prestando servicios a tiempo parcial, o se aplica cuando la mayor parte de la vida laboral ha transcurrido en trabajos a tiempo parcial, o si basta para aplicarla con que en alguna ocasión aislada una persona acepte un trabajo a tiempo parcial y a éste siga un período de inactividad sin cotización. La precisa determinación del campo o esfera de aplicación de la disposición adicional 7^a.1.3^a b) LGSS queda así deferida, a su entender, a la decisión del aplicador que ha de interpretar el precepto. El tenor de la norma no predetermina ninguna solución: el dar mayor o menor alcance o extensión a la regla de la disposición adicional 7^a.1.3^a b) LGSS es

punto que se deja a la discreción del aplicador que debe ejercitar su libertad interpretativa de manera razonable y motivando debidamente la opción que elija.

Añade que la consecuencia de que el precepto cuestionado no precise con claridad su campo de aplicación y deje esta tarea al intérprete es que su tenor viene a resultar compatible tanto con la presunción o ficción de continuidad elegida por el INSS, como con la proporcional que el auto de planteamiento sugiere o con el criterio del predominio de la modalidad de trabajo en la vida laboral. Indica que probablemente el texto de la disposición adicional 7ª.1.3ª b) LGSS es también compatible con más interpretaciones pero basta con ellas para evidenciar que el fallo del asunto a quo no depende de la validez o nulidad de la citada regla legal sino de seleccionar una u otra construcción de entre las varias que son compatibles con su dicción. El fallo del asunto depende de la interpretación o criterio aplicativo que se seleccione, pero no del inexpresivo tenor de la disposición adicional 7ª.1.3ª b) LGSS, por lo que la cuestión debe inadmitirse en sentencia por falta de relevancia.

Subsidiariamente solicita la inadmisión parcial de la cuestión respecto del art. 14 CE por discriminación indirecta basada en el sexo o género. Esta pretendida violación es absolutamente irrelevante para la decisión del litigio a quo, pues el demandante es varón, de modo que la prohibición de discriminar por razón de sexo imputada al precepto cuestionado está en desconexión absoluta con el litigio a quo e impulsa así un control abstracto de constitucionalidad reñido con la naturaleza propia de la cuestión.

Con carácter subsidiario a la inadmisibilidad total o parcial de la cuestión, el Abogado del Estado examina el fondo del asunto.

Así, insiste en señalar que el precepto cuestionado no predetermina como única interpretación plausible la seguida por el INSS, sino que la dicción de la disposición adicional 7ª.1.3ª b) LGSS es compatible con otras varias interpretaciones que permiten fundar criterios aplicativos bien diversos, incluido el de proporcionalidad esbozado en fundamento 6º del auto de planteamiento. Por ello considera que la cuestión debería desestimarse, dejando claro que la interpretación patrocinada por el INSS no es la única que el precepto legal cuestionado permite o que no viene impuesta por el tenor de la disposición adicional 7ª.1.3ª b) LGSS.

Señala que atendiendo exclusivamente a lo efectivamente dispuesto por la disposición adicional 7ª.1.3ª b) LGSS y no al modo en que ha sido aplicado por la Administración de la Seguridad Social en el asunto a quo, el precepto ni viola el art. 14 CE ni el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE.

8. Por escrito registrado con fecha de 31 de octubre de 2012 formuló sus alegaciones el Fiscal General del Estado.

Tras recordar los antecedentes de la cuestión y las alegaciones formuladas, señala que por lo que se refiere al juicio de aplicabilidad y de relevancia debe entenderse correctamente formulado en el auto de planteamiento. Ahora bien, indica que en el análisis que haya de hacerse sobre el fondo de la presente cuestión no podrá tomarse en consideración la referencia que hace la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al trabajo de las mujeres, pues tal concreto extremo carece de incidencia en el caso, al tratarse del trabajo a tiempo parcial de un varón. Sólo desde esa particular perspectiva cabría afirmar la incorrección del juicio de relevancia.

Adentrándose ya en la cuestión de fondo, afirma el Fiscal General del Estado que el término de comparación que ofrece el órgano cuestionante en el presente caso resulta doble: de un lado, parangona la situación de aquellos trabajadores que habiendo cotizado a la Seguridad Social un mismo número de días, ven en un caso, como las cotizaciones que en su nombre hace el propio sistema de la Seguridad Social en aquellos períodos en que el trabajador no tiene obligación de cotizar, se integran con las bases mínimas del período trabajado inmediatamente antes aunque este lo haya sido a tiempo parcial y por un brevísimo espacio de tiempo; y de otro, aquellos que en igual situación, llegan hasta el período inmediatamente anterior cotizando por un trabajo a tiempo completo.

El segundo término de comparación que se utiliza, se centra en el hecho de la observación de la completa vida laboral de los trabajadores, apuntando que la regulación de la disposición adicional aquí cuestionada lleva a la situación paradójica de que aquel trabajador que haya prestado servicios a tiempo completo en la mayor parte de su vida laboral, puede ver que la determinación de su base reguladora para el cálculo de determinadas prestaciones sea inferior que aquel otro que la mayor parte de su vida laboral haya venido prestando servicios a tiempo parcial.

Como quiera que el derecho a la igualdad del art. 14 CE, 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, considera el Fiscal que en el presente caso, tal y como argumenta el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el criterio adoptado por el precepto cuestionado es absolutamente arbitrario en cuanto su resultado, en orden a fijar la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente, se hace depender única y exclusivamente del azar. El carácter aleatorio de su aplicación práctica conduce a afirmar que la desigualdad así establecida resulta artificiosa e injustificada por no venir fundada en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con opiniones o juicios de valor generalmente aceptados. Además de ello, resulta, a su juicio, que las consecuencias jurídicas que derivan de la distinción de supuestos no son adecuadas ni proporcionadas al fin social al que aspira la norma; de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador no supera en este caso el juicio de proporcionalidad en sede constitucional, acarreando resultados especialmente gravosos y desmedidos.

Todo lo anterior lleva al Fiscal General del Estado a pronunciarse a favor de la inconstitucionalidad.

9. Con fecha 5 de noviembre de 2012 presentó su escrito de alegaciones la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSS.

Señala en su escrito que la duda de constitucionalidad que plantea la Sala de lo Social del Tribunal Supremo pone en relación el apartado b) de la regla 3ª con el apartado a) de la misma regla según el cual “a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general”, por lo que se ha de entender efectuada la remisión a las previsiones contenidas en los arts. 140 LGSS, relativo a la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, y 162 LGSS, relativo a la base reguladora de la pensión de jubilación. Señala que ambos preceptos, con independencia de contener reglas diferenciadas de cálculo, son coincidentes en aplicar una regla de estricta proporcionalidad ya que los cálculos se realizan sobre las bases por las que efectivamente se haya cotizado durante el período de cálculo.

Indica que la integración de lagunas no es más que una ficción jurídica, que impide, o por lo menos minimiza, los efectos negativos que puedan suponer los períodos de inactividad a la hora de calcular una determinada prestación. El legislador, en estos casos, en lugar de computar esos meses en los que no ha existido cotización como tales, es decir cotización cero, introduce un mecanismo ficticio que palia estos efectos negativos e integra esas lagunas de cotización con la base mínima de cotización, pese a que durante dichos períodos el beneficiario no hubiera contribuido con nada al Sistema.

Tras realizar las consideraciones señaladas, indica que el cómo afecte a un supuesto concreto una norma objetiva no justifica la defensa de una posible vulneración del principio de igualdad. No pueden compararse los efectos que las distintas carreras de cotización puedan acarrear, sin que tampoco pueda merecer el sistema la adjetivación de aleatorio. Es la propia dinámica de la carrera de cotización de cada asegurado la que determina el montante final de las prestaciones sin que quepa apreciar diferenciaciones entre supuestos iguales que pudieran vulnerar la garantía constitucional de igualdad.

Añade que la integración que se realiza cuando el contrato se ha realizado a tiempo parcial obedece a un principio de lógica de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como es que la protección por dicho sistema no puede nunca exceder de la previa contribución al sistema, conforme al principio de contributividad, y el principio de proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado, y la lógica de la uniformidad de la protección en el marco de la vida laboral del beneficiario, que obliga a guardar dicha homogeneidad entre los diversos períodos considerados a efectos en este caso de la pensión de incapacidad permanente. Ello implica que si la pensión ha de ser un fiel reflejo de la previa vida laboral del beneficiario, deben ajustarse los cálculos y promedios a la verdadera realidad de cotización de aquél. Del mismo modo, la integración de lagunas debe realizarse según la presunta cotización que el beneficiario habría realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar, lo que supone una suerte de prórroga ficticia de la misma, si bien sobre bases estandarizadas, las mínimas. Ello impide integrar con bases diferentes a las que corresponderían de haber seguido en activo el beneficiario. Y esto es lo que sucedería si se integraran tales períodos, subsiguientes a una actividad a tiempo parcial, con bases a tiempo completo.

Esta interpretación, a su juicio, es perfectamente congruente con los principios que inspiran nuestro sistema de Seguridad Social en relación con la contratación a tiempo parcial. Así, la integración de lagunas de forma proporcional a la jornada a tiempo parcial realizada obedece a un principio de lógica y equilibrio de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, que determina que la protección por dicho sistema no puede nunca exceder de la previa contribución al mismo, con respeto a los principios de contributividad y proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado y sin que suponga en ningún momento lesión del principio de igualdad de trato y no discriminación de los contratos a tiempo parcial. Insiste en que no cabe otra forma de integrar lagunas que no atienda al principio de que lo que se prorroga, ficticiamente, es la misma situación que se tenía en el contrato que se ha extinguido.

Para la Letrada de la Administración de la Seguridad Social la regla contenida en el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional 7ª LGSS obedece a una circunstancia objetiva y razonable que justifica que las cotizaciones ficticias se lleven a cabo en correspondencia con el número de horas contratadas en el período inmediatamente anterior a dejar de cotizar, por ser estas las rentas que sirven de referencia para valorar la fórmula de cálculo de las pensiones que han de atender a la falta de las mismas, siendo la justificación la contributividad del Sistema y derivando la proporcionalidad de la medida del hecho de la inexistencia de cotizaciones reales en los períodos que se integran tras la extinción del contrato a tiempo parcial.

En definitiva, afirma que esto no supone un agravio comparativo de los trabajadores a tiempo parcial con respecto a los trabajadores a tiempo completo, antes bien, viene a consolidar la finalidad perseguida por el sistema de prestación social en cuanto a la sustitución de las rentas dejadas de percibir por prestaciones proporcionales a dichas rentas, objetivo que se cumple al calcularse las prestaciones sobre el período elegido por el legislador que no es caprichoso sino objetivo e igual para todos los ciudadanos.

Por todo ello, considera que procede dictar una Sentencia desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad.

10. Por providencia de 23 de septiembre de 2014 se señaló para deliberación y votación del presente recurso el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos Jurídicos

1. En este proceso constitucional se ha de decidir la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, en relación con el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS), por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 CE.

La disposición adicional séptima de la LGSS establece las normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial y, en concreto, por lo que se refiere al cálculo de la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente establece la siguiente regla [disposición adicional séptima 1. 3ª b)]:

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

La Sala considera que la citada norma podría resultar contraria al principio de igualdad (art. 14 CE) porque en un supuesto igual – dos trabajadores con los mismos días de cotización acreditados a lo largo de su vida profesional – introduce una diferencia de trato peyorativa para el trabajador que antes de cesar en el empleo que inicia la laguna tenía suscrito un contrato a tiempo parcial; tratamiento peyorativo que no se aplicaría a otro trabajador que en el momento anterior al cese estuviera contratado a tiempo completo, aunque este último trabajador tuviera acreditadas el mismo número de cotizaciones a tiempo completo y a tiempo parcial que el primero. Asimismo, considera la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que la norma cuestionada también podría considerarse arbitraria (art. 9.3 CE) al no responder al principio contributivo y actuar de forma aleatoria sin tener en cuenta el conjunto de la carrera de seguro de los trabajadores. Por último, también entiende que la norma, aunque en apariencia neutra desde la perspectiva del sexo, podría en su aplicación práctica

situar a las mujeres en una posición de desventaja a la hora de la determinación del importe de sus pensiones.

El Abogado del Estado interesa la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que el precepto cuestionado no predetermina como única interpretación plausible la seguida por el INSS, sino que la dicción de la disposición adicional 7ª.1.3ª b) LGSS es compatible con otras varias interpretaciones que permiten fundar criterios aplicativos bien diversos. Por su parte, el Fiscal General del Estado considera que la cuestión de inconstitucionalidad debe ser estimada porque la desigualdad que establece la norma resulta artificiosa e injustificada por no venir fundada en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con opiniones o juicios de valor generalmente aceptados. A su juicio, las consecuencias jurídicas que derivan de la distinción de supuestos no son adecuadas ni proporcionadas al fin social al que aspira la norma, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador no supera en este caso el juicio de proporcionalidad en sede constitucional, acarreando resultados especialmente gravosos y desmedidos. Por último, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social considera que la cuestión debe ser desestimada pues la regla cuestionada no supone un agravio comparativo para los trabajadores a tiempo parcial con respecto a los trabajadores a tiempo completo, antes bien, viene a consolidar la finalidad perseguida por el sistema de prestación social en cuanto a la sustitución de las rentas dejadas de percibir por prestaciones proporcionales a dichas rentas, objetivo que se cumple al calcularse las prestaciones sobre el período elegido por el legislador que no es caprichoso sino objetivo e igual para todos los ciudadanos.

2. El Abogado del Estado formula dos objeciones a la presente cuestión de inconstitucionalidad. Así, en primer lugar, afirma que el precepto cuestionado no precisa con claridad su campo de aplicación y deja esta tarea al intérprete, por lo que su tenor viene a resultar compatible tanto con la presunción o ficción de continuidad elegida por el INSS, como con la regla proporcional que el auto de planteamiento sugiere o con el criterio del predominio de la modalidad de trabajo en la vida laboral, o incluso con otras interpretaciones. Esto evidencia, a su juicio, que el fallo del proceso a quo no depende de la validez o nulidad de la citada regla legal sino de seleccionar una u otra construcción de entre las varias que son compatibles con su dicción. Por ello, considera que la cuestión debe inadmitirse por falta de relevancia del precepto legal cuestionado.

Sin perjuicio de que fuera posible una interpretación distinta del precepto cuestionado -que de hecho ha sido acogida algunas veces por los Tribunales laborales-, lo cierto es que esta circunstancia no puede proyectarse sobre la admisibilidad de la cuestión. De un lado, “porque según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, no es posible revisar el juicio de relevancia realizado por el órgano judicial en cuanto a la selección de la norma aplicable o a la interpretación que a la misma se le asigna más que en aquellos casos en los que, según principios básicos, pueda decidirse que la norma no es aplicable o tiene un alcance distinto al que le atribuye el órgano judicial (por ejemplo, SSTC 41/1990 y 106/1990). De otro, y sobre todo, porque este Tribunal también ha reiterado que la circunstancia de que la norma pudiera admitir una interpretación conforme a la Constitución no se proyecta sobre las posibilidades de plantear la cuestión (por ejemplo, SSTC 19/1991 y 27/1991)” (STC 87/1991, de 25 de abril, FJ 3).

Es doctrina constitucional que “la cuestión de inconstitucionalidad versa sobre el texto de la ley, no sobre las distintas interpretaciones que de dicho texto pueden ser realizadas; sin que este Tribunal deba rectificar el entendimiento que muestra el órgano judicial promotor sobre su sujeción al enunciado legal de cuya constitucionalidad duda (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 2 y 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2). El órgano cuestionante no nos traslada un problema interpretativo abstracto, sino muy ceñido al caso que ha de juzgar; ni nos eleva tampoco una mera perplejidad interpretativa por no saber cómo puede interpretarse el precepto rector de su decisión, sino que solicita de este Tribunal un pronunciamiento sobre la adecuación o no a la Constitución del precepto con rango de ley en una de sus posibles interpretaciones, que es la que razonadamente mantiene en el proceso a quo (SSTC 92/1992, de 11 de junio, FJ 4 y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 2). Por lo demás, nuestra labor de depuración del ordenamiento debe partir de la interpretación de la disposición legal que aporta el órgano judicial cuestionante, pues a él compete interpretar la ley (art. 117.3 CE) y porque dicha interpretación es la que presenta un mayor rigor con el derecho fundamental en cuestión; sólo si la norma, así interpretada, resultara inconstitucional habríamos de “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución” (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7; y 59/2008, de 14 de mayo, FJ 4)” (STC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 6).

Por tanto, debemos rechazar esta primera objeción formulada por el Abogado del Estado.

En segundo lugar, el Abogado del Estado solicita la inadmisión parcial de la cuestión respecto del art. 14 CE por discriminación indirecta basada en el sexo o género. Considera el Abogado del Estado que esta pretendida violación es absolutamente irrelevante para la decisión del litigio a quo, pues el demandante es varón, de modo que la prohibición de discriminar por razón de sexo imputada al precepto cuestionado está en desconexión absoluta con el litigio a quo e impulsa así un control abstracto de constitucionalidad reñido con la naturaleza propia de la cuestión.

En el mismo sentido, el Fiscal General del Estado considera que en el análisis que haya de hacerse sobre el fondo de la presente cuestión no podrá tomarse en consideración la referencia que hace la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al trabajo de las mujeres, pues tal concreto extremo carece de incidencia en el caso, al tratarse del trabajo a tiempo parcial de un varón.

En efecto, como sostienen el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado con respecto a este motivo debe entenderse no superado el juicio de relevancia. Es preciso recordar que el art. 35.1 LOTC exige que la norma con rango de ley de la que tenga dudas un Juez o Tribunal debe ser “aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo”, añadiéndose en el apartado 2 del indicado precepto que el órgano judicial deberá especificar o justificar, en el auto de planteamiento de la cuestión, en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Es decir, la norma cuestionada debe superar el denominado “juicio de relevancia”, o lo que es lo mismo, la justificación de que la decisión del proceso depende de su validez, dado que la cuestión de inconstitucionalidad no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (STC 42/2013, FJ 2, con cita de otras). Como se afirmó ya en la STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 4 “ciertamente la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es, en modo alguno, condición suficiente”. No basta, así, con que el tribunal ordinario considere que la norma es aplicable al caso, sino que también ha de satisfacerse el requisito de la relevancia de la cuestión. Ha de darse, así, una verdadera “dependencia” (STC

189/1991, de 3 de octubre, FJ 2), o un “nexo de subordinación” entre el fallo del proceso y la validez de la norma cuestionada (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 1). Pues bien, en este caso, como alegan el Abogado y el Fiscal General del Estado, la decisión del proceso no depende de que la norma cuestionada sea o no discriminatoria por razón de sexo ya que el demandante es un varón. Si el trabajo a tiempo parcial es, como constatan las estadísticas y como señala el Auto de planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad, una realidad que afecta mayoritariamente a las mujeres, una norma como la cuestionada podría, en su caso, tener un mayor impacto negativo en las mujeres, en cuanto son éstas las que acceden más al empleo a tiempo parcial, pero no en los hombres. En consecuencia, entrar a valorar en la presente cuestión de inconstitucionalidad si la norma cuestionada es discriminatoria por razón de sexo supondría un control abstracto de la misma y una desconexión con el litigio a quo.

3. Antes de resolver la cuestión que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo plantea, resulta conveniente situar brevemente —en sus aspectos esenciales y por lo que interesa a la presente cuestión de inconstitucionalidad— el marco normativo en el que se inserta la regla cuestionada.

Con la finalidad de evitar que la existencia de meses sin cotización durante el período que haya de tomarse en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión redunde en una disminución drástica de la base reguladora de la pensión y, en consecuencia, de la cuantía final de la misma, la LGSS ha previsto la regla de integración de lagunas. Mediante esta regla, sólo aplicable a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, se establece la ficción legal de que en los meses sin cotización se ha cotizado. Así, la regla aplicable en nuestro Sistema de Seguridad ha sido la de integrar las lagunas de cotización con el 100% de la base de cotización mínima vigente para mayores de 18 años sin ningún límite temporal (arts. 140.4 y 162.1.1.2 LGSS). Esta regla ha sido modificada por los arts. 3.1 y 4.3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, preceptos que antes de su entrada en vigor han sido de nuevo modificados por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Esta reforma incorpora una nueva técnica donde se pondera parcialmente, esto es, con límite temporal, el esfuerzo contributivo al reducirse el tiempo durante el que la cobertura de lagunas se efectuará con el 100 por 100 de la base mínima. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 27/2011 se prevén “nuevas reglas respecto del mecanismo

denominado «relleno de lagunas» que tienen en cuenta los esfuerzos de cotización realizados, dentro del objetivo de incrementar el principio de contributividad que, junto con el de la solidaridad, constituyen las bases de un sistema público de pensiones”.

Ahora bien, cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial, la disposición adicional séptima.1 regla tercera apartado b) LGSS contiene una regla específica, que no ha sido objeto de modificación por las normas señaladas, según la cual en estos casos la aplicación como ficción legal de la citada base mínima de cotización se realiza en proporción a la jornada a tiempo parcial previa al período cuyas lagunas se tratan de integrar. Así, para los períodos en que no haya habido obligación de cotizar, la integración de lagunas se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondiente al número de horas contratadas en último término.

Las reglas descritas deben ser puestas en relación con las que regulan en situaciones normales de cotización la cuantía de la base mínima de cotización. Así, a efectos de cotización por contingencias comunes los trabajadores son encuadrados en grupos profesionales según su categoría. A cada grupo le corresponde una base máxima y una base mínima de cotización de forma que no se puede cotizar por encima de la base máxima ni por debajo de la base mínima del grupo. Estas bases máximas y mínimas son fijadas anualmente por la LPGE. Pues bien, cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial, en aplicación estricta del principio de proporcionalidad, se fija una base mínima por hora de trabajo obteniéndose la base mínima mensual multiplicando dicha base mínima por el número de horas realmente trabajadas en el mes (por ejemplo, para 2014, art. 37 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero).

4. En el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente y jubilación durante los períodos de empleo y cotización a tiempo parcial, la disposición adicional 7ª.1 regla 3ª a) LGSS remite a las normas generales de los arts. 140 y 162 LGSS, lo que implica que el cálculo se realiza sobre las bases por las que se haya efectivamente cotizado durante el período de cómputo. En los períodos de inactividad que siguen a un período de cotización a tiempo parcial la norma aplicable – disposición adicional 7ª.1 regla 3ª b) – establece la integración de lagunas, pero, tal y como interpreta la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el precepto, la integración se llevará a cabo con la base mínima que corresponda al número de horas contratadas en último término, es decir, conforme al contrato

a tiempo parcial vigente en el momento del cese. De este modo, la lógica de la técnica de integración se vincula con la jornada del trabajador en el último contrato anterior al inicio de la laguna de cotización. Así, si el contrato es a tiempo parcial la laguna se integrará con la base mínima que corresponda en función del número de horas contratadas, mientras que si el contrato es a jornada completa la laguna se integrará con la base mínima de cotización correspondiente a los trabajadores mayores de 18 años.

Pues bien, así interpretado el precepto, la primera duda de constitucionalidad que plantea el órgano judicial proponente se refiere, como ha quedado expuesto con detalle en los antecedentes, a la posible vulneración del principio de igualdad ante la ley, por entender que la aplicación de la regla contenida en la disposición adicional séptima LGSS determina que dos trabajadores con los mismos días de cotización acreditados a lo largo de su vida profesional sean tratados de manera diferente en el cálculo de la base reguladora de su pensión, recibiendo un trato peyorativo aquél de los dos que, antes del cese en el empleo que determina el inicio de la laguna, hubiera tenido un contrato a tiempo parcial. Este trabajador verá integradas sus lagunas de cotización mediante una proporción de la base mínima general correspondiente al número de horas de trabajo de dicho contrato, mientras que el trabajador cuyo período de lagunas de cotización a integrar suceda a un contrato a tiempo completo verá integradas sus lagunas mediante una base mínima “completa”, por lo que mejorará la base reguladora de su pensión a pesar de tener los mismos períodos cotizados, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, que el otro trabajador, variando únicamente el orden en el que se suceden. De ahí que el órgano judicial considere que esta diferencia de trato carece de justificación, al no basarse en un criterio de contributividad, pues ambos trabajadores pueden haber cotizado lo mismo a lo largo de su vida profesional.

Este término de comparación es planteado por el órgano judicial a partir de un supuesto y una consideración muy concreta, cual es la que se corresponde con el caso de autos, en el que un trabajador con una dilatada vida profesional como trabajador a tiempo completo tiene, sin embargo, durante un muy corto período de tiempo, un contrato a tiempo parcial, que es precisamente el que, por aplicación de la regla cuestionada, condiciona la integración de bases de cotización en el período posterior de inactividad de casi tres años, afectando considerablemente a la cuantía de la pensión. De lo que el órgano judicial deduce que la diferencia de trato, además de injustificada, es desproporcionada, al producir un efecto como el señalado.

Resulta oportuno recordar que este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos" (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, por todas).

Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es "su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas" (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que "las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma" (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5).

En definitiva, como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador "configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente

adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria". Dicho de otra manera, sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar "elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable" (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en "una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos" (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2). Resultará necesario, por ello, examinar si los supuestos de hecho aportados por el órgano judicial como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere.

También es conveniente tener presente respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, que es doctrina de este Tribunal, sintetizada en la STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3, que "el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas 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. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17). Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento de los derechos reconocibles al amparo de los principios constitucionales (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17 y 149/2004, de 20 de septiembre, FJ 5, entre otras)". En definitiva, como advierte la STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 in fine, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales "es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva —art. 53.3 CE—" sin embargo "este Tribunal Constitucional

no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)".

5. Sentadas las bases de nuestro parámetro de enjuiciamiento, debemos recordar los términos de comparación que ofrece la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para cuestionar la constitucionalidad del apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional 7ª LGSS por su posible contradicción con el art. 14 CE. La comparación se realiza entre dos trabajadores que habiendo cotizado los mismos días a tiempo completo y a tiempo parcial a lo largo de su vida laboral, en el momento anterior al inicio de la laguna de cotización uno de ellos tiene un contrato a jornada completa y el otro un contrato a tiempo parcial. La laguna de cotización del primero de ellos se integrará con la base mínima de cotización correspondiente para los trabajadores mayores de 18 años, mientras que la del segundo se integrará con la base mínima de cotización correspondiente al contrato a tiempo parcial vigente en el momento del cese. Estos son los términos en los que opera la comparación propuesta por el órgano judicial a partir de los cuales deberemos analizar si se trata en realidad de términos comparables.

El tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en materia de integración de lagunas tiene su origen en las normas que, con carácter general, regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en uno y otro caso, y que inciden del mismo modo en la determinación de las bases mínimas; reglas que, por otro lado, se rigen por el principio de proporcionalidad. En efecto, la norma cuestionada no hace sino trasladar a los trabajadores contratados a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general para los trabajadores contratados a jornada completa: las lagunas de cotización se integrarán con la base mínima de cotización. No hay, por tanto, una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial pues la regla aplicable es la misma, lo que ocurre, y de ahí deriva la diferencia, es que la base mínima de cotización es diferente en cada caso y el legislador ha decidido cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma. El tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial no tiene su origen, por tanto, en la norma que ahora se cuestiona, sino en las normas que, con carácter general, regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en

uno y otro caso, y que inciden del mismo modo en la determinación de las bases mínimas. Y esas reglas se rigen por el principio de proporcionalidad, que es el mismo que rige con carácter general la equiparación de derechos entre unos y otros trabajadores: los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo en proporción a la jornada trabajada (art. 12.4 d) ET).

Como señalamos en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 6, “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”.

Esta proporcionalidad entre salario, base de cotización y base reguladora de las prestaciones, que no es contraria al principio de igualdad, se traslada en la fijación de bases mínimas de cotización a la regla recogida en las Órdenes anuales de cotización, en virtud de la cual la base mínima de cotización de estos trabajadores se calcula multiplicando a una base horaria el número de horas de trabajo efectivamente prestado en el contrato. Y, como hemos señalado, reflejo de esa forma de fijación de la base mínima de cotización de los trabajadores a tiempo parcial es la regla que ahora se cuestiona.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo compara dos trabajadores con los mismos días de cotización acreditados a lo largo de su vida profesional, y considera que la norma introduce una diferencia de trato peyorativa para el trabajador que antes de cesar en el empleo que inicia la laguna tenía un contrato a tiempo parcial. A su juicio, la diferencia de trato que se produce no puede explicarse en función del denominado principio de contributividad, pues los dos trabajadores comparados tienen el mismo período de cotización acreditado y varía únicamente el orden en la cotización a tiempo completo y a tiempo parcial.

El principio de contributividad que informa nuestro sistema de Seguridad Social implica que debe existir una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por los trabajadores lo que justifica, como hemos señalado entre otras en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 8, que el legislador establezca que la base reguladora de las prestaciones se calcule en función de lo efectivamente cotizado. A este respecto hay que recordar que si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional contenido en el art. 41 CE, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de la Seguridad Social, no se presenten ya -y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas- como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17).

En el supuesto de la integración de lagunas se crea una ficción legal en el acceso a una prestación contributiva de la Seguridad Social de manera que la laguna debe cubrirse según la presunta cotización que el beneficiario habría realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar, lo que supone una suerte de prórroga ficticia de la misma, si bien sobre bases estandarizadas como son las bases mínimas. Estamos, así, ante una ficción legal que afecta a la base reguladora de la prestación y esto justifica el hecho de que el legislador haya optado por aplicar un criterio contributivo para cubrir la laguna. Es cierto que podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción legal creada dado que el trabajador no está prestando servicios y, por tanto, no está cotizando al Sistema. Pero el legislador ha decidido tener en cuenta las contribuciones efectivamente aportadas en el momento anterior a la laguna, utilizando así una fórmula que responde a criterios de contributividad.

No corresponde a este Tribunal determinar si resulta más justo, como sostiene el órgano judicial, un sistema que tuviera en cuenta la carrera de seguro desarrollada a lo largo de toda la vida profesional y que ponderara proporcionalmente los períodos trabajados a tiempo completo y a tiempo parcial, pero, en todo caso, no podemos olvidar que, como hemos declarado reiteradamente, “el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador

de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél” (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras). En efecto, el carácter redistribuidor inherente a la Seguridad Social lleva al legislador a desplazar en ocasiones el principio de proporcionalidad entre cotización y prestación, y no por ello esas reglas vulneran el art. 14 CE. Así, por ejemplo, en el caso de las mismas prestaciones de jubilación e incapacidad permanente a las que afecta la regulación ahora cuestionada, la base reguladora se calcula como el promedio de las bases de cotización de un número de meses determinado, no en función de las cotizaciones globales de la vida laboral. De este modo, igual que la integración de lagunas de cotización tendrá un resultado diferente en función de que el período previo de cotización lo fuera a tiempo completo o a tiempo parcial, la propia base reguladora de la prestación tendrá una cuantía diferente en función de si el trabajador ha cotizado en los últimos años de su vida profesional como trabajador a tiempo completo o como trabajador a tiempo parcial, o igualmente en función de si en los últimos años ha desempeñado trabajos menos cualificados y remunerados que al principio de su vida profesional o a la inversa. Todo ello forma parte de la lógica del sistema y de las reglas técnicas por las que se rige.

Cosa distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda decidir establecer un sistema distinto de integración de lagunas, si lo estima oportuno, que tenga en mayor medida en cuenta el esfuerzo contributivo realizado (como ha tratado de hacer con la reforma introducida en los arts. 140.4 y 162.1 LGSS por la Ley 27/2011 y la Ley 3/2012), sin que ello signifique que la opción legislativa prevista en la disposición adicional 7ª LGSS sea inconstitucional (por todas, SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; y 184/1990, FJ 3).

En definitiva, y desde el punto de vista del derecho a la igualdad, hay que considerar que las situaciones sometidas a comparación por el órgano judicial proponente no guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere, pues en un caso se trata de trabajadores a tiempo completo y en otro de trabajadores a tiempo parcial, y esa diferencia en la duración de la jornada laboral se relaciona, por exigencias del carácter contributivo del sistema y en estricta aplicación del principio de proporcionalidad, con diferencias en los salarios de unos y otros, y consiguientemente en las bases de cotización, y derivadamente en las bases mínimas de cotización utilizadas para la integración de las lagunas.

6. Considera también la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que la regla cuestionada vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), en la medida en que la norma carece de una explicación racional suficiente y, en lugar de ser un arbitrio legítimo entre diversas opciones, aparece como una medida inconsecuente o incoherente susceptible de crear tratamientos desiguales y distorsiones. Recuerda el órgano judicial, en tal sentido, que a su juicio la norma no responde al principio contributivo y actúa de manera aleatoria, sin tener en cuenta el conjunto de la carrera de seguro de los trabajadores. Afirma que la presunción no resulta necesaria en este caso porque cuando se procede al cálculo de la base reguladora ha finalizado ya la carrera de seguro del trabajador y pueden obtenerse conclusiones exactas de la misma sin necesidad de hacer presunciones, y, además, resulta inconsistente porque introduce un elemento de aleatoriedad que desemboca en unas diferencias de tratamiento que carecen de una justificación objetiva. Por ello, considera que una solución racional acorde con el principio contributivo sería la de integrar las lagunas de forma proporcional a las actividades a tiempo completo y a tiempo parcial desarrolladas durante la vida laboral del trabajador.

En lo que afecta a la vulneración de la prohibición de arbitrariedad (art. 9.3 CE), debe insistirse una vez más en que “el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse por este Tribunal de forma que no se impongan constricciones indebidas al poder legislativo y se respeten sus legítimas opciones políticas; por ello, hemos venido señalando reiteradamente que el cuidado que este Tribunal ha de observar para mantenerse dentro de los límites del control del legislador democrático, debe extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados como es el de interdicción de arbitrariedad. Así, al examinar una norma legal desde este punto de vista, nuestro análisis ha de centrarse en verificar si el precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad (por todas, STC 102/2012, de 8 de mayo, FJ 2)” (STC 111/2013, de 9 de mayo, FJ 5). Por ello, no corresponde a este Tribunal interferirse en el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático ni examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente examinar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o

carente de toda justificación o, por el contrario, entra dentro del margen de configuración del que goza en ejercicio de su libertad de opción en este ámbito.

No se aprecia, en el supuesto examinado, que la ley recurrida establezca discriminación de ningún tipo; la norma persigue una finalidad razonable y no se muestra desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues “entrar en un enjuiciamiento de cuál sería su medida justa, supone discutir la opción tomada por el legislador, que, aun cuando pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional” (STC 149/2006, de 11 de mayo, FJ 6).

No es posible afirmar que la regla establecida por el legislador para proceder a la integración de lagunas cuando se trata de trabajadores contratados a tiempo parcial sea irrazonable o falta de justificación, en un sistema en el que la distribución de medios escasos requiere ponderar cuidadosamente las situaciones de necesidad que han de ser protegidas estableciéndose los requisitos que han de reunirse a este efecto (por todas, STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 5). La regla cuestionada, aunque pueda discreparse de ella, no carece de justificación pues de lo que se trata es de crear una ficción legal que consiste en entender que el trabajador habría continuado prestando servicios a tiempo parcial si no se hubiera producido la circunstancia que motivó el cese de su obligación de cotizar y la correspondiente laguna. Se trata así de beneficiar a aquellos que durante un período de tiempo, computable a efectos del cálculo de prestaciones, no han contribuido al Sistema y se encontrarían en una situación de cotización cero que mermaría de forma considerable sus prestaciones. Además, la regla responde a lo que viene siendo una constante en el Sistema de Seguridad Social, y es la utilización de determinados períodos de referencia, más o menos amplios, para calcular la cuantía de la prestación, pero siempre inmediatamente anteriores al hecho causante a considerar y sin utilizar criterios relacionados con la totalidad de la vida laboral de un trabajador.

Por otro lado, tampoco puede considerarse falta de objetividad la regla elegida, pues depende del contrato que se tenía en el momento en que se produce la laguna. Y, finalmente, la regla tampoco produce efectos aleatorios como sostiene el órgano proponente de la cuestión. La regla produce unos efectos ciertos y determinados lo que ocurre es que dichos efectos pueden beneficiar o perjudicar más a unos u otros trabajadores en función de cómo se sucedan los períodos de trabajo y de inactividad y dentro de los primeros, los trabajos a

tiempo completo y parcial. Pero ni ello es aleatorio ni diferente a lo que ocurre en otros múltiples aspectos de la relación de Seguridad Social como ya hemos señalado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el apartado b) de la regla 3ª del número 1 de la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil catorce.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3361-2012.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis colegas, disiento de la fundamentación jurídica de la sentencia y de su fallo en cuanto desestima la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el apartado b) de la regla 3.^a del número 1 de la disposición adicional séptima del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

1. Mi primera discrepancia radica en que la sentencia no entra en el examen de la alegación de que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE por discriminación indirecta basada en el sexo o género. La sentencia fundamenta esta inadmisión, defendida tanto por el abogado del Estado como por el fiscal general del Estado, en que aquella alegación es irrelevante por ser un varón el demandante en el proceso judicial en cuyo marco se ha promovido la cuestión de inconstitucionalidad.

No puedo compartir esta afirmación, pues, a mi juicio, se funda en una confusión entre un elemento objetivo, el punto de conexión determinante de la relevancia de la norma; y un elemento formal, los motivos que pueden determinar su inconstitucionalidad.

El juicio de relevancia exigido en la cuestión de inconstitucionalidad exige que exista una dependencia o nexo de subordinación entre la validez de la norma cuestionada y el fallo del proceso. Ese nexo de subordinación concurre en la alegación de discriminación indirecta que se formula, pues una eventual inconstitucionalidad del precepto sería determinante para el fallo del proceso cualquiera que fuera el motivo para declararla y el sexo del demandante. Si se hubiera entrado a analizar esa alegación y se hubiera concluido que la disposición impugnada es discriminatoria, su nulidad habría determinado que no pudiera ser aplicada en el proceso judicial. Esta conclusión sería independiente del género del o de la demandante, ya que, una vez que se expulsa una norma del ordenamiento por vulnerar la prohibición de

discriminación sexual indirecta, no cabe anularla solo en beneficio del grupo sexual indirectamente discriminado, sino que es una anulación de alcance general.

La opinión mayoritaria en que se funda la sentencia de la que ahora discrepo viene a romper la posición mantenida de manera constante por este Tribunal sin dar, a mi juicio, una explicación suficiente. Así, las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, y 61/2013, de 14 de marzo, consideraron que la regulación de las prestaciones de la Seguridad Social para el trabajo a tiempo parcial suponía una discriminación indirecta para las mujeres al ser muy mayoritarias las personas de este género que desarrollan su carrera laboral en este régimen de trabajo. En ambos casos las normas cuestionadas fueron declaradas inconstitucionales y nulas y esto determinó que no pudieran ser aplicadas ni a las mujeres ni a los hombres que trabajan a tiempo parcial. Este tribunal, hace poco más de un año, en la STC 116/2013, de 20 de mayo, en aplicación de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la citada STC 61/2013, estimó el amparo formulado por un hombre al que se le había aplicado esa regulación considerada indirectamente discriminadora para las mujeres. Es manifiesto, por tanto, que hasta esta sentencia de la que discrepo se siguió constantemente la regla de que una norma declarada inconstitucional por discriminación indirecta es nula con carácter general y no solo en su aplicación respecto del grupo indirectamente discriminado. En coherencia con ello, el sexo del demandante carece, en mi opinión, de cualquier relevancia en el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad sobre los preceptos que pueden suponer una discriminación sexual indirecta.

Es mi parecer que la opinión en que se funda la sentencia no debe tener continuidad, pues supone la apertura de unos derroteros por los que hay que transitar con suma cautela, ya que dejan sin responder algunos interrogantes inquietantes en los que entra el juego el principio de igualdad y el de generalidad de la norma. Resulta difícil admitir que el Tribunal Constitucional debe negar a un órgano judicial la posibilidad de cuestionar una norma basada en una eventual discriminación indirecta de las mujeres cuando el demandante es un hombre si se sigue entendiendo vinculante para los órganos judiciales la declaración de inconstitucionalidad de la misma norma por discriminación sexual indirecta por razón de sexo cuando el demandante sea un varón. Si se busca una alternativa, no se aviene con la doctrina del Tribunal Constitucional mantener que todos pueden verse favorecidos por la anulación de una norma indirectamente discriminatoria (cosa que a mi juicio resulta elemental mediante

consideraciones de igualdad y de sistemática normativa), pero, al propio tiempo, que solo tienen legitimación para instar su anulación los miembros de grupo indirectamente discriminado, pues para ello resultaría necesario desarrollar una nueva e improbable teoría sobre el interés legítimo como concepto constitucional ajeno al que resulta de sufrir los efectos desfavorables inherentes a la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.

El argumento de la falta de relevancia de la alegación de discriminación indirecta que se formula por el tribunal *a quo* ha permitido a la Sala, con aparente facilidad, no entrar en el fondo de esta delicada cuestión. La ausencia de un pronunciamiento sobre el particular determina que no resulte procedente que me extienda sobre las razones por las que considero, compartiendo la apreciación del órgano judicial que formula la cuestión, que la norma también incurre en una discriminación sexual indirecta en perjuicio de las mujeres. La jurisprudencia constitucional que resulta de las citadas SSTC 253/2004 y 61/2013 es suficientemente expresiva. También lo es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reflejada, entre otras y por lo respecta al sistema español de prestaciones de la Seguridad Social para el trabajo a tiempo parcial, en la sentencia de 22 de diciembre de 2012 (C-385/11). Esta circunstancia resulta también relevante, habida cuenta de las implicaciones constitucionales de la materia, aun cuando el Tribunal Constitucional no sea el competente para la interpretación en última instancia del Derecho europeo.

2. Mi segunda discrepancia se proyecta sobre la argumentación desarrollada para sustentar que la normativa cuestionada no establece un tratamiento desigual y no resulta arbitraria.

No comparto exactamente la opinión de la mayoría en que se funda la sentencia acerca de que la regulación en materia de Seguridad Social, por la incidencia que tiene en el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, deba ser objeto de un control menos estricto en cuanto a la aplicación del principio de igualdad. No, al menos, si como ocurre en la práctica, esto se traduce en una exención de la constitucionalidad basada en lo que se ha llamado despectivamente la imposibilidad de aplicar la lírica constitucional a la prosa del sistema económico. Lo que ha declarado este tribunal en numerosos pronunciamientos es que su intervención queda limitada, tal como se afirma en la STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6,

a los casos en que “la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”. Entiendo que la función constitucional otorgada por el art. 41 CE al régimen público de Seguridad Social, tendente a garantizar la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad, puesta en conexión con el mandato constitucional del art. 9.2 CE, de que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, implica que el control que debe desarrollar el Tribunal Constitucional sobre la normativa de la Seguridad Social debe tomar rigurosamente en consideración el análisis económico del Derecho, teniendo en cuenta la incidencia que tiene cualquier medida en materia de Seguridad Social, cuyo diseño corresponde al legislador, en el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, la aplicación de los principios en que se funda este, particularmente los del carácter contributivo del sistema y de proporcionalidad, y la limitación de los recursos públicos que se invierten en el cumplimiento de los fines de asistencia y prestación ante situaciones de necesidad; pero esta arquitectura constitucional implica también que el control jurisdiccional debe ser igualmente riguroso en el respeto a los derechos fundamentales, especialmente el principio de igualdad en conexión con la interdicción de la arbitrariedad que se impone a los poderes públicos.

Por estas mismas razones el hecho de que la institución controvertida en esta cuestión de inconstitucionalidad se refiera a la integración de lagunas de cotización y, por tanto, a una institución que en sí misma tiene como finalidad favorecer el acceso al sistema de prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente, no puede justificar que el control de constitucionalidad que se desarrolle sobre las reglas de integración se desvanezca bajo el pretexto de que debe ser más liviano o menos riguroso.

En mi opinión la opinión mayoritaria en que se funda la sentencia se basa, una vez más, en una confusión entre un elemento objetivo, el punto de conexión temporal que produce los efectos discriminatorios, y un elemento formal, la categoría o clase de trabajadores a los resulta aplicable la norma.

En el planteamiento de la cuestión, lo único relevante es el momento –inmediatamente anterior o no a la situación de laguna de cotización- en que se ha desarrollado el trabajo a

tiempo parcial. Este elemento de temporalidad para establecer la regulación cuestionada entiendo que carece de una justificación objetiva y razonable. Su justificación es la de integrar la laguna mediante la ficción de que la persona hubiera seguido trabajando en el régimen –a tiempo completo o tiempo parcial- que desarrollaba cuando se produce el cese de la actividad. A mi juicio, el auto de planteamiento de la cuestión demuestra que esta regla produce resultados arbitrarios e inesperados en el funcionamiento real del sistema de suficiente relevancia para poder estimarlos como generadores de una grave distorsión en relación con los principios en que se funda este, particularmente los principios de contributividad y de proporcionalidad, y sin relevancia alguna para poder ser explicados como producto de una distinción entre clases de trabajo, ni entre situaciones o categorías determinadas por el propio legislador, ni como producto de una selección de recursos para el mantenimiento del equilibrio del sistema, ni como resultado de una opción legislativa difícil o imposible de ser sustituida o corregida sin afectar a aquel en grandes o pequeñas proporciones.

La opinión mayoritaria en que se funda la sentencia busca el punto de comparación en que en un caso se trata de trabajadores a tiempo completo y en otro de trabajadores a tiempo parcial, lo que derivaría en una diferencia en la duración de la jornada laboral y, por exigencias del carácter contributivo del sistema y en aplicación del principio de proporcionalidad, en diferencias en los salarios de unos y otros y, por tanto, en las bases de cotización y bases mínimas para integrar las lagunas. Nada tiene esto que ver con los efectos reales de la regla cuestionada ni con el elemento de comparación que propone el órgano judicial, el cual no compara dos trabajadores con diferente régimen de trabajo, sino dos personas con un idéntico régimen de trabajo, y valora los efectos discriminatorios de la regla desde la perspectiva contributiva del sistema y del principio de proporcionalidad.

Entiendo, pues, que el supuesto examinado debe considerarse como determinante de una “diferencia de tratamiento controvertida [...] desprovista de toda justificación objetiva y razonable”. Así lo entiende el Ministerio Fiscal, y no parece rechazar esta posición el abogado del Estado. No podemos cerrar los ojos al hecho de que la opinión en que se funda la sentencia va mucho más allá de donde alcanza la representación de la Administración, pues esta limita sus principales argumentos para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad, y, subsidiariamente, para desestimarla en cuanto al fondo, a la consideración de que la interpretación que plantea el Tribunal Supremo, seguida por la Administración de la

Seguridad Social, no es la única posible, ni de hecho, la única seguida por varios tribunales del orden social que, de acuerdo con un sector importante de la doctrina científica, han creído factible una adecuación a la Constitución por vía interpretativa del precepto controvertido.

Por tanto, considero que la sentencia debía haber estimado la cuestión por vulneración de los art. 9.3 y 14 CE, en los términos expuestos por el órgano judicial.

3. Hay un último aspecto que entiendo es preciso destacar en cuanto al alcance de la íntegra desestimación del cuestionamiento y que está en directa relación con el recogido en la sentencia respecto de la existencia de otros criterios interpretativos de la norma impugnada que no sea el concretamente cuestionado.

Comparto la apreciación de la mayoría de que la eventual existencia de otras interpretaciones de la norma controvertida no priva de la necesaria relevancia a la cuestión de inconstitucionalidad. Pero disiento de la que podría considerarse una afirmación de la sentencia, implícita en el énfasis con que se razona sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada, en el sentido de que la interpretación correcta del precepto cuestionado es precisamente la examinada y no otra. La circunstancia de que la sentencia haya determinado que una interpretación de la regla no vulnera el art. 14 CE, no implica que obligatoriamente sea esa la interpretación que deba ser aplicada por los órganos judiciales si se considera que el tenor de la norma permite otro tipo de interpretación. En última instancia, obvio es decirlo, la función de máximo intérprete de la legalidad ordinaria corresponde al Tribunal Supremo (art. 123.1 CE) que es quien, una vez que el Tribunal Constitucional no ha desautorizado la interpretación controvertida, debe valorar si esa es la única interpretación posible o resultan posibles otras interpretaciones alternativas que encajen también dentro del tenor de la norma cuestionada para ponderar su aplicación.

En Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil catorce.