

DERECHO A LA REVISIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN QUE HAYAN SIDO CALCULADAS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS RELATIVAS A LOS TRABAJOS A TIEMPO PARCIAL DECLARADAS INCONSTITUCIONALES POR SENTENCIA 91/2019, DE 3 DE JULIO DE 2019, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

I

Esta Sentencia, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, ha estimado una cuestión interna de inconstitucionalidad, planteada por la Sala Segunda del propio Tribunal, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que determina la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, por considerar que vulnera tanto el derecho a la igualdad como el principio de no discriminación de la mujer.

Se anula en concreto el inciso “de jubilación y” del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

En la actualidad, ha de entenderse referida dicha anulación al inciso que con idéntico alcance se contempla en el artículo 248, apartado 3, del TRLGSS de 2015 vigente.

Esta sentencia ha estado precedida por otra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de mayo de 2019, C-161/2018, que ha declarado que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE (LCEur 1979, 7) del Consejo,

de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la española, según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende del número de días cotizados y al que se aplica un coeficiente de parcialidad que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial y el trabajo realizado por un trabajador a tiempo completo. Entiende que esta norma es contraria al derecho de la Unión por suponer una doble penalización que va más allá de lo necesario para cumplir el objetivo de la salvaguarda del sistema de tipo contributivo y en la medida en que esta normativa perjudica, en particular, a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino.

II

La sentencia 91/2019 del TC declara en su fallo que esta declaración de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones en las que exista “cosa juzgada” ni a “las situaciones administrativas firmes” (FJ 12).

Esta declaración ha servido al INSS para acordar, en su criterio de gestión 17/2019 apoyado con el Informe 132/2019 del Servicio Jurídico Delegado central en el INSS, que dicha doctrina constitucional solo se aplicaría a los expedientes de jubilación que se incoen a partir del 12 de agosto de 2019 (fecha de publicación en el BOE de la Sentencia) y a aquellos que se encontraran a dicha fecha pendientes de resolución, incluyendo aquellos en los que tras efectuarse reclamación previa por el interesado, aún no hubiera transcurrido el plazo para interponer demanda judicial.

En opinión de INSS, expresada sin mayor desarrollo, la sentencia del TC (STC, en adelante) al declarar que no afectará a las situaciones en las que exista

“cosa juzgada” ni a “las situaciones administrativas firmes”, permite eludir la revisión de las prestaciones ya causadas cuando los beneficiarios soliciten un nuevo cálculo de la pensión mediante la mera alegación de la “firmeza del acto”.

En modo alguno podemos estar de acuerdo con tal conclusión. La STC no tiene, ni puede tener, el alcance que el INSS pretende. Ni es ese el sentido literal de sus pronunciamientos, ni puede interpretarse de forma que deje vacío de contenido el derecho de los beneficiarios de prestaciones contributivas de Seguridad Social a revisar la cuantía de las mismas.

Las tradicionales consecuencias del acto administrativo consentido y firme propias del derecho administrativo no son trasladables en materia de prestaciones de Seguridad Social en la medida en que pudiera comprometer, de forma irreparable, la finalidad última del sistema, que es la protección de una situación de necesidad.

En materia de prestaciones de Seguridad Social nunca se ha puesto en duda el derecho a revisar las cuantías de las prestaciones, particularmente de las vitalicias. Este derecho, ampliamente ratificado por la Jurisprudencia, se incorporó expresamente al hoy artículo 53 del TRLGSS mediante la reforma operada por la ley 42/2006, si bien para limitar su alcance retroactivo.

III

La doctrina consolidada del Tribunal Supremo ha venido distinguiendo entre las acciones tendentes al reconocimiento inicial de una prestación económica de la Seguridad Social sometidas, salvo para las prestaciones de jubilación y muerte y supervivencia que son imprescriptibles (212 y 230 TRLGSS) al plazo de prescripción de cinco años (art. 53 TRLGSS), de aquellas otras acciones dirigidas a lograr la revisión del contenido económico de una prestación ya reconocida.

Para éstas últimas, la doctrina consolidada ha venido igualmente considerando que la acción para revisar el contenido económico de una prestación vitalicia subsistente y previamente reconocida era igualmente imprescriptible y, además, al no existir regla especial, los efectos económicos de la revisión se retrotraían a la fecha del reconocimiento del derecho con independencia de la prescripción que pudiera operar frente a las concretas cantidades resultantes de la errónea fijación de la cuantía, que la STS/IV 7-julio-1993 situó en cinco años. Esta doctrina se viene aplicando, expresa o tácitamente, con distinción de acciones y de supuestos, entre otras muchas, en las SSTS/IV 22-noviembre-1996 (RJ 1996, 9451) (rcud 3348/1995), 18-marzo-1999 (rcud 2671/1998), 14-octubre-1999 (rcud 657/1999), 1-febrero-2000 (RJ 2000, 404) (rcud 3214/1998 -pensión de viudedad), 31-enero-2007 (rcud 2633/2005), especialmente 26-febrero-2007 (rcud 4281/2005 -pensión de jubilación) y 22-enero-2008 (RJ 2008, 2079) (rcud 3444/2006).

Tras la reforma operada en el 2006, la doctrina ha permanecido inalterable salvo respecto a los efectos económicos; los cuales se limitan ahora a los tres meses anteriores a la solicitud o a los cinco años en casos de rectificación de errores (art. 53 TRLGSS). La STS de 29 de marzo de 2010, RJ/2010/2481 resume la actual doctrina unificada de la siguiente forma:

“1.- En definitiva, cabe establecer como doctrina unificada, -- y tratándose de prestaciones vitalicias, únicas ahora enjuiciadas --, la de que debe distinguirse entre la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones de Seguridad Social (contempladas en el art. 43.1.I de la LGSS) y la acción de revisión del contenido económico de prestaciones de tal clase ya reconocidas (reguladas ahora en el art. 43.1.II de la LGSS, reformado con vigencia a partir del 1-enero-2007). A su vez, en una y otra, debe distinguirse entre el plazo de ejercicio de la correspondiente acción y el plazo de retroacción de los posibles efectos económicos del respectivo reconocimiento.

2.- Así, tratándose de la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones, como es dable deducir del art. 43.1.I LGSS y jurisprudencia que lo interpreta, resulta que: a) el plazo de ejercicio, salvo en los supuestos

excepcionales de imprescriptibilidad (prestación contributiva de jubilación -art. 164 LGSS , o prestaciones por muerte y supervivencia -art. 178 LGSS), es, como regla, de prescripción y de cinco años computados a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate; y b) el plazo de retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial se limita, en todo caso (sea prescriptible o imprescriptible la referida acción), a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

3.- Por otra parte, cuando se trata de la acción de revisión del contenido económico de prestaciones de Seguridad Social ya reconocidas, como es dable deducir del art. 43.1.II LGSS y jurisprudencia que lo interpreta en su redacción efectuada con vigencia a partir del 1-enero-2007, resulta que: a) en cuanto a su plazo de ejercicio, no existe un límite temporal para el mismo (no siendo, por tanto, aplicable el de cinco años fijado en la sentencia de contraste, como se ha indicado); y b) por lo que respecta al plazo de retroacción de los efectos económicos del incremento ulteriormente reconocido, se limita ahora, a partir del 1-enero-2007 (Ley 42/2006), como regla, a los tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud de revisión, con las excepciones previstas en el propio precepto (rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos o revisión derivada de acción de reintegro ex art. 45 LGSS), sin que, por imperativo de la reforma legal, con posterioridad a dicha fecha, resulte ya aplicable la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta sobre este concreto extremo (en cuanto retrotraía tales efectos económicos a la fecha del reconocimiento inicial, con independencia de que la prescripción pudiera operar frente a las concretas cantidades reclamadas y fijándose dicha prescripción en cinco años).”.

IV

Es incuestionable que los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social tienen derecho a solicitar la revisión de la cuantía de las mismas cuando consideran que están indebidamente calculadas por errores de hecho o de derecho. Este derecho implica que las resoluciones de la entidad gestora por las que se declaraba el derecho

a la prestación, en este caso, las correspondientes a la jubilación, pueden ser revisadas al cabo del tiempo aunque inicialmente el beneficiario no mostrara disconformidad con ellas y, por tanto, no procediera a interponer reclamación previa contra las mismas.

Así lo reconoce, la Jurisprudencia citada arriba y el propio art. 53.1, segundo párrafo del TRLGSS que señala que: *“Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55”*.

Este derecho no es en modo alguno cuestionado por la STC cuando limita los efectos de su pronunciamiento.

La sentencia 91/2019, del TC, declara en su fallo que esta declaración de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones en las que exista “cosa juzgada” ni a “las situaciones administrativas firmes” (FJ 12).

Esta limitación solo puede referirse a los supuestos en los que la persona beneficiaria discrepó con el INSS sobre la aplicación de la regla ahora anulada y reclamó expresamente que se reconociera su pensión de jubilación conforme a las reglas generales con exclusión de las específicas del trabajo a tiempo parcial. Esto es, supuestos en los que planteada la controversia ante los Juzgados o Tribunales se obtuvo una sentencia desfavorable que ha devenido firme por no haber sido recurrida o por no haber sido revocada por los órganos jurisdiccionales competentes; así como los supuestos en los que planteada la controversia ante la Entidad Gestora ésta resolvió expresamente o por silencio administrativo la desestimación de la pretensión planteada y devino firme por no haberse interpuesto la correspondiente demanda.

Solo en estos supuestos estaríamos ante las situaciones jurídicas consolidadas a las que alude el fallo del TC, en concordancia con el art. 40 de su ley reguladora, LO 2/1979, que solo pueden referirse a las que han sido establecidas por sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada y, en todo caso, extenderse a los actos administrativos que ya no pueden ser revisados; como sería el caso de las reclamaciones desestimadas a las que se hace referencia en el párrafo anterior, pero de ninguna manera a las resoluciones por las que, sin mediar controversia, se admitió la solicitud de jubilación de las persona trabajadora y se resolvió reconocerle la misma en una determinada cuantía.

En ningún caso, por tanto, puede afectar esta limitación a las pensiones de jubilación que se reconocieron inicialmente sin que se hubiera planteado este concreto debate o las revisadas por cuestiones de hecho o de derecho distintas a las derivadas de la declaración de inconstitucionalidad. Lo contrario sería contrario al derecho de revisión reconocido en el art. 53 del TRLGSS que no ha sido puesto en duda, en ningún momento, por el fallo del TC.

No se puede olvidar que el origen de la expulsión de la norma controvertida del ordenamiento jurídico es la discriminación indirecta por razón de sexo que proyectaba sobre las mujeres. No caben en estos casos interpretaciones restrictivas que permitan perpetuar dichas discriminaciones. Esa interpretación restrictiva podría suscitar, en su caso, otra cuestión prejudicial ante el TJUE.

V

CONCLUSIONES

1.- Todos los pensionistas de jubilación, hombres y mujeres, cuyas prestaciones hayan sido calculadas aplicando las reglas declaradas inconstitucionales tienen derecho a solicitar la revisión de las mismas.

Solo quedarían exceptuados los supuestos en los que la persona beneficiaria discrepó con el INSS sobre la aplicación de la regla ahora anulada en los términos comentados anteriormente.

2.- Este derecho a revisar la cuantía es imprescriptible, aunque los efectos económicos de la nueva cuantía tendrá previsiblemente una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de la solicitud.

Estamos ante una norma expulsada del ordenamiento al ser declarada inconstitucional por vulnerar el derecho de igualdad, una norma que nunca debió aplicarse. Aunque este supuesto no esté expresamente contemplado en la norma del artículo 53, lo cierto es que es poco probable que se admita la retroacción de los efectos económicos a la fecha del reconocimiento inicial o a la de los cinco años anteriores a la solicitud de revisión como si se tratara de una rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos. En este sentido, el Tribunal Supremo viene entendiendo que los cambios jurisprudenciales o las controversias de innegable carácter jurídico no pueden considerarse errores materiales y que, por tanto, ha de reconducirse la retroacción a los citados tres meses (STS 22.9.2009, RJ/ 2009/6179).

3.- Una vez que el INSS proceda (de oficio o previa judicialización) a revisar de forma generalizada las prestaciones de jubilación afectadas, habría que considerar nuevamente, y con todas las cautelas, la situación de las personas jubiladas que no se benefician de la nueva situación por haber reclamado en su día de forma infructuosa y que, muy probablemente, serán muy pocas. En este sentido, la STC 307/2006, de 23 de octubre, señala: *“La cuestión controvertida en la presente demanda de amparo se centra en determinar si la negativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a revisar la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente reconocida al demandante de amparo conforme a la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 2000 relativa a la forma de cómputo de los períodos de invalidez provisional, ha vulnerado su derecho a la igualdad (art. 14 CE) en relación con*

aquellos otros pensionistas que sí vieron revisada la citada base reguladora por el indicado motivo”.....”la razón determinante de la denegación de la revisión en el caso considerado ha sido la existencia de sentencia firme” (desestimatoria de la pretensión del actor).....Pues bien, en el presente caso no se aprecia la existencia de una justificación objetiva y razonable, resultando por el contrario arbitraria la razón opuesta por el INSS para denegar la revisión de la pensión. En efecto, el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho.”.

En Madrid, a 10 de diciembre de 2019.

Eva Urbano Blanco

Gabinete Jurídico Confederal



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 8 de mayo de 2019*

«Procedimiento prejudicial — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social — Directiva 79/7/CEE — Artículo 4 — Prohibición de toda discriminación por razón de sexo — Discriminación indirecta — Trabajo a tiempo parcial — Cálculo de la pensión de jubilación»

En el asunto C-161/18,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, mediante auto de 17 de enero de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia el 27 de febrero de 2018, en el procedimiento entre

Violeta Villar Láiz

e

Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),

Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por la Sra. A. Prechal (Ponente), Presidenta de Sala, y los Sres. F. Biltgen, J. Malenovský y C.G. Fernlund y la Sra. L.S. Rossi, Jueces;

Abogado General: Sr. H. Saugmandsgaard Øe;

Secretario: Sra. L. Carrasco Marco, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 10 de enero de 2019;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Sra. Villar Láiz, por la Sra. R.M. Gil López, abogada;
- en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), por las Sras. A. Álvarez Moreno y G. Guadaño Segovia, letradas;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. L. Aguilera Ruiz y la Sra. V. Ester Casas, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por las Sras. S. Pardo Quintillán y C. Valero, en calidad de agentes;

* Lengua de procedimiento: español.

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la Sra. Violeta Villar Láiz, por una parte, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), por otra, en relación con el cálculo de su pensión de jubilación.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 79/7

- 3 El artículo 1 de la Directiva 79/7 dispone lo siguiente:

«La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.»
- 4 Con arreglo al artículo 3, apartado 1, de esta Directiva:

«La presente Directiva se aplicará:

 - a) los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

[...]

– vejez,

[...]»
- 5 El artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva dispone lo siguiente:

«El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

 - el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,
 - la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.»

Directiva 2006/54/CE

- 6 El considerando 30 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204, p. 23), tiene la siguiente redacción:

«La adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato. Por consiguiente, tal como sostiene el Tribunal de Justicia, deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación, excepto en relación con los procedimientos en que sea el Tribunal o el órgano nacional competente quien deba instruir los hechos. Sin embargo, es necesario precisar que la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta sigue correspondiendo al órgano nacional competente, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales. Más aún, los Estados miembros están facultados para introducir, en todas las fases de los procedimientos, un régimen probatorio que resulte más favorable a la parte demandante.»

- 7 Según el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[...]

- b) “discriminación indirecta”: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios;

[...]»

Derecho español

- 8 El artículo 209, apartado 1, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015, p. 103291; corrección de errores en BOE n.º 36, de 11 de febrero de 2016, p. 10898; en lo sucesivo, «LGSS»), dispone lo siguiente:

«La base reguladora de la pensión de jubilación será el cociente que resulte de dividir por trescientos cincuenta, las bases de cotización del interesado durante los trescientos meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante [...]»

- 9 La disposición transitoria octava de la LGSS prevé lo siguiente:

«A partir de 1 de enero de 2016, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 266 las bases de cotización durante los 228 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante. [...]»

10 Según el artículo 210, apartado 1, de la LGSS:

«La cuantía de la pensión de jubilación se determinará aplicando a la base reguladora, calculada conforme a lo dispuesto en el artículo precedente, los porcentajes siguientes:

- a) Por los primeros quince años cotizados, el 50 por ciento.
- b) A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses uno y doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,19 por ciento, y por cada uno de los que rebasen el mes doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,18 por ciento, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por cien [...]

[...]»

11 Respecto del año 2016, con arreglo a la disposición transitoria novena de la LGG, a partir del decimosexto año, cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163 da lugar a la aplicación de un porcentaje del 0,21 por ciento, y cada mes adicional por cada uno de los 83 meses siguientes, da lugar a la aplicación de un porcentaje del 0,19 por ciento, hasta un máximo del 100 por cien.

12 Los artículos 245 a 248 de la LGSS establecen las disposiciones aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial a efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema de seguridad social.

13 El artículo 245 de la LGSS, con la rúbrica «Protección social», dispone:

- «1. La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo [...]
- 2. Las reglas contenidas en esta sección serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, de relevo a tiempo parcial y contrato fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 16 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General, incluidos los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos pertenecientes al Sistema Especial para Empleados de Hogar.»

14 Con arreglo al artículo 246 de la LGSS, con la rúbrica «Cotización»:

- «1. La base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquella será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias.
- 2. La base de cotización así determinada no podrá ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinen.
- 3. Las horas complementarias cotizarán a la Seguridad Social sobre las mismas bases y tipos que las horas ordinarias.»

15 El artículo 247 de la LGSS, referente al cómputo de los períodos de cotización, dispone lo siguiente:

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

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

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

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

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. [...]

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

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

16 El artículo 248 de la LGSS, con la rúbrica «Cuantía de las prestaciones económicas», es del siguiente tenor:

«1. En la determinación de la base reguladora de las prestaciones económicas se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general.

[...]

2. A efectos de calcular las pensiones de jubilación y de 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.

3. A efectos de determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) del artículo 247, se incrementará con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial.

El porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora se determinará conforme a la escala general a que se refiere el artículo 210.1, con la siguiente excepción:

[...]»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 17 El auto de remisión señala que la Sra. Villar Láiz solicitó al INSS el reconocimiento de una pensión de jubilación.
- 18 El INSS le reconoció una pensión de jubilación con efectos a partir del 1 de octubre de 2016. Su importe se calculó multiplicando la base reguladora por un coeficiente del 53 %, el cual reflejaba el hecho de que la Sra. Villar Láiz había trabajado a tiempo parcial durante una parte importante de su vida laboral.
- 19 El órgano jurisdiccional remitente explica que esa base reguladora consiste en la media de las bases de cotización, calculadas en función de los salarios efectivamente percibidos por las horas trabajadas y por los que se cotizó durante una serie de años antes de la jubilación.
- 20 La Sra. Villar Láiz solicitó que, para calcular el importe de su pensión de jubilación, se aplicara un porcentaje del 80,04 % con el fin de que los períodos en que trabajó a tiempo parcial fueran tomados en consideración del mismo modo en que hubieran sido tratados de haber sido períodos de trabajo a tiempo completo.
- 21 Tras desestimarse esta solicitud, la Sra. Villar Láiz presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 4 de Valladolid en la que alegaba que la diferencia de trato establecida por la normativa nacional daba lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que la mayoría de trabajadores a tiempo parcial eran mujeres.
- 22 Mediante sentencia de 30 de junio de 2017, el Juzgado de lo Social n.º 4 de Valladolid desestimó la demanda por considerar que el trato diferente dispensado a los trabajadores a tiempo parcial a efectos del cálculo de la pensión de jubilación no constituía una discriminación, ya que la fórmula aplicada tiene por finalidad adaptar el cálculo a las cotizaciones realizadas, con arreglo al principio de *pro rata temporis*.
- 23 La Sra. Villar Láiz recurrió en apelación esa sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente.
- 24 El órgano jurisdiccional remitente explica que el sistema de cálculo de la pensión de jubilación fue introducido a raíz de que se dictara la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo. En esa sentencia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746), el sistema anterior que, a efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, computaba los períodos de trabajo a tiempo parcial de manera proporcional respecto de la jornada de trabajo a tiempo completo, aplicando en cualquier caso un coeficiente multiplicador de 1,5. Con arreglo a este sistema, si el tiempo trabajado así computado no era superior a quince años, el trabajador no causaba la pensión de jubilación. Mediante la reforma que tuvo lugar, el legislador modificó el sistema de acceso a la pensión de jubilación introduciendo, al mismo tiempo, un coeficiente de parcialidad respecto de los trabajadores que hubieran prestado servicios a tiempo parcial para calcular el importe de dicha pensión.
- 25 Como regla general, el importe de la pensión se calcula aplicando a la base reguladora, obtenida a partir del promedio de las bases de cotización de los años anteriores a la jubilación, un porcentaje determinado en función del número de años cotizados.

- 26 Por lo que se refiere más concretamente a los trabajadores a tiempo parcial, el sistema de cálculo de ese porcentaje queda definido en el artículo 247 de la LGSS. Según expone el órgano jurisdiccional remitente, resulta de ese artículo que los períodos trabajados a tiempo parcial no se computan completos, sino proporcionalmente en relación con su carácter parcial como resultado de la aplicación de un coeficiente de parcialidad que refleja el porcentaje que representa la jornada realizada a tiempo parcial por el trabajador en relación con la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable.
- 27 Por último, según el artículo 248, apartado 3, de la LGSS, el número de días cotizados que arroje ese cálculo se incrementa con la aplicación de un coeficiente de 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al de los días por los que se cotizara efectivamente.
- 28 Según el mismo órgano jurisdiccional remitente, ello tiene como consecuencia que, en el supuesto de períodos de trabajo a tiempo parcial, el Derecho español produce, en la mayoría de los casos, efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, y solo en algunos casos minoritarios esos efectos son neutros, cuando el coeficiente de parcialidad sea superior o igual a dos tercios del trabajo a tiempo completo.
- 29 De lo anterior se sigue que el sistema de cálculo de la pensión es, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, doblemente perjudicial en caso de trabajo a tiempo parcial. Así, además de la circunstancia de que el salario de un trabajador a tiempo parcial y, en consecuencia, la base reguladora aplicable, son inferiores a los de un trabajador a tiempo completo, ese sistema reduce, en función del carácter parcial del tiempo de trabajo, el período de cotización tomado en consideración para calcular el porcentaje aplicable a la base reguladora.
- 30 Pues bien, el órgano jurisdiccional remitente explica que el carácter perjudicial del sistema nacional de cálculo de la pensión de jubilación en caso de trabajo a tiempo parcial se manifiesta principalmente respecto de las mujeres, ya que, según el Instituto Nacional de Estadística, en el primer trimestre de 2017, el 75 % de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres.
- 31 En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente considera que las disposiciones controvertidas en el litigio principal generan una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 y al artículo 21 de la Carta. Así, estima que tales disposiciones nacionales no parecen responder a un objetivo legítimo de política social o, en cualquier caso, no resultan proporcionadas respecto de ese objetivo.
- 32 El órgano jurisdiccional remitente considera que es imposible interpretar la LGSS de manera conforme con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7. A este respecto, precisa asimismo que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, un órgano jurisdiccional español no puede dejar inaplicada una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal sin mediar una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia o sin plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.
- 33 En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) De acuerdo con el Derecho español para calcular la pensión de jubilación debe aplicarse a la base reguladora calculada sobre los salarios de los últimos años un porcentaje que está en función del número de años cotizados durante toda la vida laboral. ¿Debe considerarse que una norma de Derecho interno, como es la contenida en los artículos 247, letra a), y 248.3 de la [LGSS], que reduce el número de años computables para aplicar el porcentaje en el caso de períodos trabajados a tiempo parcial, es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva [79/7]? ¿Exige el artículo 4, apartado 1, de la Directiva [79/7] que el número de años cotizados tomados en consideración para fijar el porcentaje aplicable al cálculo de la pensión de jubilación se determine de la misma manera para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial?

- 2) ¿Debe interpretarse que una norma de Derecho interno como la controvertida en el presente litigio es también contraria al artículo 21 de la [Carta], de manera que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a garantizar la plena eficacia de la Carta y a inaplicar las disposiciones legislativas de Derecho interno controvertidas, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 34 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización, cuando se aplica a este período un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y un incremento de un coeficiente de 1,5.
- 35 El artículo 4, apartado 1, de esta Directiva prohíbe toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en lo relativo, en particular, al cálculo de las prestaciones en materia de seguridad social.
- 36 A este respecto, es preciso señalar en primer lugar que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no supone una discriminación directamente basada en el sexo, dado que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras.
- 37 Por lo que se refiere a la cuestión de si tal normativa representa una discriminación indirecta, hay que recordar que este concepto debe interpretarse, en el contexto de la Directiva 79/7, del mismo modo que en el contexto de la Directiva 2006/54 [véase, en este sentido, la sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 34]. Pues bien, de acuerdo con el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/54, constituye discriminación indirecta por razón de sexo una situación en la que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.
- 38 La existencia de tal desventaja particular podría quedar demostrada, entre otras formas, probando que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de las personas del otro sexo (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, C-527/13, EU:C:2015:215, apartado 28 y jurisprudencia citada). Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si así sucede en el litigio principal.
- 39 En el supuesto de que, como sucede en el presente caso, el juez nacional disponga de datos estadísticos, el Tribunal de Justicia ha declarado que el mejor método de comparación consiste en confrontar, por un lado, las proporciones respectivas de trabajadores que quedan y que no quedan afectados por la norma en cuestión dentro de la mano de obra masculina y, por otro lado, las mismas proporciones dentro de la mano de obra femenina. No basta con considerar el número de personas

afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97, EU:C:1999:60, apartado 59).

- 40 A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar en qué medida los datos estadísticos presentados ante él, que representan la situación de la mano de obra, son válidos y si se pueden tomar en consideración, es decir, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97, EU:C:1999:60, apartado 62 y jurisprudencia citada).
- 41 En el presente asunto, resulta del auto de remisión que las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal producen en la mayoría de los casos efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo. Solo en un número reducido de casos estas disposiciones no surten tales efectos, gracias al efecto atenuante de la medida consistente en incrementar el número de días cotizados de los trabajadores a tiempo parcial tomados en consideración mediante la aplicación de un coeficiente de 1,5.
- 42 Asimismo, los datos estadísticos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial indican que, en el primer trimestre de 2017, España contaba con 15 906 700 asalariados, de los cuales 8 332 000 eran hombres y 7 574 600 mujeres. En este mismo período, el número de asalariados a tiempo parcial ascendía a 2 460 200 (15,47 % de los asalariados), de los cuales 613 700 eran hombres (7,37 % de los hombres asalariados) y 1 846 500 mujeres (24,38 % de las mujeres asalariadas). Estos datos ponen de relieve que, durante ese período, cerca del 75 % de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres.
- 43 El Gobierno español sostiene, sin embargo, que, del total de los expedientes de pensión de jubilación tramitados y resueltos favorablemente por el INSS durante los años que van desde 2014 hasta 2017 — y en los que se han tomado en consideración períodos trabajados y cotizados a tiempo parcial, teniendo en cuenta el índice global de parcialidad— cerca del 60 % se referían a mujeres y cerca del 40 % a hombres.
- 44 Dicho lo anterior, debe destacarse que, por lo que se refiere al grupo de trabajadores específicamente afectados por las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal, resulta de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia que, respecto del 65 % de los trabajadores a tiempo parcial —esto es, los que han trabajado, de media, menos de dos tercios de la jornada ordinaria de un trabajador a tiempo completo—, el porcentaje aplicable a su base reguladora es inferior al aplicable a la base reguladora de los trabajadores a tiempo completo. De lo anterior se deduce que los trabajadores a tiempo parcial reducido sufren una desventaja como consecuencia de la aplicación de dicho porcentaje.
- 45 Tal como se ha señalado en el anterior apartado 40, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si estos datos son válidos, representativos y significativos. A este respecto, debe recordarse en particular que la comparación expuesta en el apartado 39 de la presente sentencia debe referirse, en el presente caso, al grupo de trabajadores a tiempo parcial reducido como grupo de trabajadores realmente afectados por la normativa controvertida en el litigio principal.
- 46 Asimismo, tal como también resulta del considerando 30 de la Directiva 2006/54, la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde al órgano nacional competente, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales, que pueden disponer, en particular, que es posible demostrar la discriminación indirecta por cualquier medio y no solamente a partir de datos estadísticos (véase, por analogía, la sentencia de 19 de abril de 2012, Meister, C-415/10, EU:C:2012:217, apartado 43).

- 47 En el caso de que el órgano jurisdiccional remitente, basándose en los datos estadísticos aportados y, en su caso, en otros elementos pertinentes, llegue a la conclusión de que la normativa nacional controvertida en el litigio principal sitúa a las mujeres, en particular, en una posición menos ventajosa que la de los hombres, tal normativa sería contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, salvo que esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.
- 48 Tal sería el caso cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por esta y son necesarios a tal fin (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 32 y jurisprudencia citada).
- 49 A este respecto, el INSS y el Gobierno español alegan que una reducción proporcional de la pensión de jubilación en caso de trabajo a tiempo parcial constituye la expresión de un objetivo general de política social perseguido por el legislador nacional, ya que esta corrección es esencial en el marco de un sistema de seguridad social de tipo contributivo. Así, sostienen que tal reducción viene exigida por los principios de contribución y de igualdad entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo y que está objetivamente justificada por el hecho de que, en el caso del trabajo a tiempo parcial, la pensión es la contrapartida de una prestación laboral y de una cotización al sistema de menor entidad.
- 50 En este sentido, debe recordarse que la mera circunstancia de que las cuantías de las pensiones de jubilación se ajusten *pro rata temporis* para tener en cuenta la duración reducida de la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial en relación con la del trabajador a tiempo completo no se puede considerar, en sí misma, contraria al Derecho de la Unión (véase, en este sentido, el auto de 17 de noviembre de 2015, Plaza Bravo, C-137/15, EU:C:2015:771, apartado 27 y jurisprudencia citada).
- 51 Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha declarado que una medida que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en ese caso, la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad (sentencia de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02, EU:C:2003:583, apartado 93).
- 52 En el presente asunto, resulta del auto de remisión que la normativa nacional controvertida en el litigio principal comporta dos elementos que pueden reducir el importe de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. En primer término, la base reguladora de la pensión de jubilación se calcula a partir de las bases de cotización, integradas por la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas. Ello tiene como resultado que dicha base reguladora sea, en el caso de un trabajador a tiempo parcial, inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. En segundo término, mientras que dicha base reguladora se multiplica por un porcentaje que depende del número de días cotizados, se aplica a ese mismo número de días un coeficiente de parcialidad que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial efectivamente realizado por el trabajador de que se trate y el tiempo de trabajo realizado por un trabajador a tiempo completo comparable.
- 53 Ciertamente, este segundo elemento queda atenuado por la circunstancia de que, según el artículo 248, apartado 3, de la LGSS, el número de días cotizados resultante de la aplicación del coeficiente de parcialidad se incrementa con la aplicación de un coeficiente de 1,5.
- 54 No obstante, debe destacarse que el primer elemento —esto es, el hecho de que la base reguladora de un trabajador a tiempo parcial sea inferior, en cuanto contrapartida de una prestación de trabajo de menor entidad, a la base reguladora de un trabajador a tiempo completo comparable— permite ya lograr el objetivo perseguido que consiste, en particular, en la salvaguardia del sistema de seguridad social de tipo contributivo.

- 55 Por lo tanto, la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*.
- 56 En estas circunstancias, debe responderse a la primera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización —período al que se aplica un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5—, en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 57 Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a la segunda cuestión prejudicial.

Costas

- 58 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización —período al que se aplica un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5—, en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino.

Prechal

Biltgen

Malenovský

Fernlund

Rossi

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 8 de mayo de 2019.

El Secretario
A. Calot Escobar

El Presidente de la Sala Tercera
A. Prechal

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11903 *Pleno. Sentencia 91/2019, de 3 de julio de 2019. Cuestión interna de inconstitucionalidad 688-2019. Planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en relación con la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Prohibición de la discriminación por razón de sexo: nulidad parcial del precepto legal que, al regular la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, incurre en discriminación indirecta.*

ECLI:ES:TC:2019:91

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente, la magistrada doña Encarnación Roca Trías, los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 688-2019, planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional con relación a la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Han comparecido y formulado alegaciones el abogado del Estado, la fiscal general del Estado y la letrada de la administración de la Seguridad Social. Ha sido ponente el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

I. Antecedentes

1. Mediante providencia de 26 de febrero de 2019, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad que, mediante el ATC 3/2019, de 28 de enero, planteó la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en el recurso de amparo núm. 6416-2016, en relación con la disposición indicada en el encabezamiento, por posible contradicción con el art. 14 CE.

En la misma providencia se acordó, conforme a lo establecido en el art. 37.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al fiscal general del Estado, para que en el plazo de quince días se personaran y presentaran las oportunas alegaciones. Asimismo, se comunicó a la Sala Segunda de este Tribunal la citada providencia para

que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permaneciera suspendido el recurso de amparo núm. 6416-2016 hasta la resolución de la presente cuestión interna de inconstitucionalidad, y se ordenó la publicación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» (lo que se llevó a cabo en el núm. 56, de 6 de marzo de 2019).

Los antecedentes de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

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

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

c) El actor formuló demanda frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, alegando que el sistema de cálculo que le había sido aplicado resultaba discriminatorio, con vulneración del art. 14 CE, dada la aplicación exclusiva a los trabajadores a tiempo parcial, de un «coeficiente de parcialidad» que reduce el tiempo real de cotización. En su caso, habiendo cotizado un total de 37 años y 10 meses, tenía derecho a una pensión en cuantía del 100 por 100 de la base reguladora, pero con la aplicación de aquel coeficiente el periodo cotizado quedaba en 33 años y 4 meses, con un porcentaje del 95,06 por 100 sobre la base reguladora.

En el procedimiento de Seguridad Social iniciado ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Lleida, el actor interesó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, por ser contraria al art. 14 CE al deparar un trato desigual injustificado a los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, para el cálculo de la cuantía de la pensión en cuanto al modo de computar el periodo de cotización.

d) El Juzgado *a quo* dictó sentencia el 15 de abril de 2016, desestimando la demanda, así como la procedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pues teniendo en cuenta los principios de contribución y proporcionalidad que informan el sistema de Seguridad Social, no cabía apreciar, conforme al criterio mantenido en las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, y 156/2014, de 25 de septiembre, la lesión constitucional aducida en la demanda.

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

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

tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, resultaba perfectamente trasladable al caso de autos.

f) El actor interpuso recurso de amparo frente a las resoluciones administrativas y judiciales anteriores, argumentando que infringían su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y que la cuestión de fondo había sido ya planteada en ocasiones precedentes ante este Tribunal, «al menos tangencialmente», a propósito de versiones anteriores de la norma aplicada que le había sido aplicado.

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

h) Por providencia de 1 de octubre de 2018, la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 55.2 y 35.2 LOTC, y con suspensión del plazo para dictar sentencia, acordó oír a las partes y al ministerio fiscal, para que en el plazo común e improrrogable de diez días pudiesen alegar lo que desearan sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad o sobre el fondo de esta, respecto de si puede vulnerar el derecho fundamental a la igualdad ante la ley del art. 14 CE entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo o, en su caso, provocar una discriminación indirecta por razón de sexo proscrita por el párrafo segundo del mismo art. 14 CE, el método para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación establecido en el art. 5, apartados 1 y 2, del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

En el trámite conferido al efecto el demandante de amparo y el fiscal ante el Tribunal Constitucional interesaron la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, y la letrada de la administración de la Seguridad Social, actuando en representación de esta, se opuso a dicho planteamiento.

i) Por ATC 3/2019, de 28 de enero, la Sala Segunda del Tribunal acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, por posible contradicción con el art. 14 CE, con suspensión del plazo para dictar sentencia en el recurso de amparo núm. 6416-2016.

2. Según se razona en los fundamentos jurídico 6 y 7 del auto de planteamiento, el examen del precepto objeto de la cuestión, solo y en su aplicación conjunta con la regla segunda, letra a), párrafo segundo, de la misma disposición adicional y apartado, al que aquel se remite, ofrece dudas sobre su adecuación al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en perjuicio de estos últimos, por las razones siguientes:

a) En la Ley general de la Seguridad Social de 1994 –al igual que en el vigente texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015–, la cuantía de la pensión de jubilación se determina en función de dos factores: la base reguladora y el periodo de cotización, el cual sirve a su vez para fijar un porcentaje sobre la base reguladora, con el que se obtiene el importe a cobrar (art. 120.2 LGSS 1994).

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

Para los trabajadores a tiempo parcial, en cambio, la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social 1994 (en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2013) prevé una reducción del periodo de cotización. Lo hace en dos facetas distintas. La primera de ellas, para determinar si se tiene el tiempo mínimo de quince años que permite el acceso a la prestación, faceta que queda fuera de nuestra consideración en este proceso. La segunda de ellas, que es la que aquí nos concierne, se refiere al cálculo del periodo de cotización para fijar el porcentaje sobre la base reguladora. La regla tercera, letra c) de la indicada disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social ordena: (i) con remisión a la regla segunda, letra a), párrafo segundo, que a los años y meses cotizados se les aplique un «coeficiente de parcialidad», por el cual se asigna un porcentaje a cada periodo de trabajo a tiempo parcial respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, y al que se suman, «en su caso, los días cotizados a tiempo completo»; (ii) el valor resultante, de nuevo conforme a la regla tercera, letra c), se incrementa con un coeficiente del 1,5, «sin que el número de días resultante pueda ser superior al periodo de alta a tiempo parcial».

En el auto de planteamiento se razona que, con este método de cálculo, el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá en ningún caso con el que «de manera natural» deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo.

El auto de planteamiento precisa que solo si el porcentaje de parcialidad durante su vida laboral alcanza el 67 por 100, podrá tras la aplicación de la regla reductora antedicha obtener el 100 por 100 sobre la base reguladora. En cualquier otro caso, coeficiente multiplicador de 1,5 incluido, no tendrá derecho al porcentaje total. Es el supuesto de autos, argumenta el auto de planteamiento, el recurrente en amparo ve reducido su periodo de cotización real de 37 años y 10 meses, a 33 años y 4 meses (datos no cuestionados, a juicio de la Sala Segunda, por las resoluciones recurridas en el recurso de amparo del que trae causa la presente cuestión), perdiendo un 4,94 por 100 de porcentaje sobre la base reguladora (ya *per se* ajustada por una menor base de cotización frente a la que tendría un profesor universitario a tiempo completo).

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

b) El auto de planteamiento argumenta que la exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2013 no permite hallar una justificación objetiva y razonable de esta diferenciación, y que se limita a invocar un propósito normativo de igualdad entre ambos, que no se corresponde con lo que resulta de la aplicación de la regla tercera, letra c), con remisión con la regla segunda, letra a), párrafo segundo, de la citada disposición adicional séptima, al no tratarse igual los periodos de tiempo entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial.

c) Señala el auto de planteamiento que, a tenor de los arts. 15.2, 106.1 y 106.2 LGSS 1994 —que se corresponden con los arts. 18.2, 144.1 y 144.2 del vigente texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015—, la obligación de cotizar nace «desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente», lo que en el régimen general de la Seguridad Social significa lo siguiente: «con el mismo comienzo de la prestación del trabajo incluido el periodo de prueba. La mera solicitud de la afiliación o alta del trabajador al organismo competente de la administración de la Seguridad Social surtirá en todo caso idéntico efecto»; obligación que se mantiene «por todo el periodo en que el trabajador esté en alta en el régimen general o preste sus servicios, aunque éstos revistan carácter discontinuo».

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

En suma, de acuerdo con la sala segunda promotora de la cuestión interna de inconstitucionalidad, podría faltar el primero de los requisitos exigibles para una desigualdad de trato constitucionalmente admisible, su justificación objetiva y razonable. Considera que también podría quedar afectada la proporcionalidad, pues a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización se le añade la reducción del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje sobre la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo.

d) Finalmente, en el fundamento jurídico 7, en línea con lo resuelto en las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, FFJJ 7 y 8, y 61/2013, de 14 de marzo, FFJJ 5 y 6, el auto de planteamiento señala que existen dudas fundadas sobre la inconstitucionalidad del precepto cuestionado también por discriminación indirecta por razón de sexo, en perjuicio de la mujer trabajadora a tiempo parcial. Aunque en este caso el recurrente del proceso a quo no es una mujer, la norma cuestionada resulta de aplicación universal para todos los trabajadores a tiempo parcial y, desde luego, le fue aplicada al demandante de amparo. La sala segunda considera que la consulta de estadísticas actuales en el mercado laboral sigue indicando que el porcentaje de mujeres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial es claramente superior al de los hombres. Concretamente, en el primer trimestre de 2018, los hombres representaban el 23,50 por 100 y las mujeres el 76,49 por 100. En el segundo trimestre de 2018, los hombres eran el 24,07 por 100 y las mujeres el 75,93 por 100, mientras que en el tercer trimestre de 2018 (el último disponible), los hombres eran el 24,41 por 100 y las mujeres el 75,59 por 100 (fuente: Instituto Nacional de Estadística. «Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y tipo de jornada. Jornada a tiempo parcial»).

3. Como ya se ha señalado, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad mediante providencia de 26 de febrero de 2019, mencionada en el antecedente primero. Iniciado el trámite, el 8 de marzo de 2019 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal comunicación del presidente del Senado dando cuenta de que la mesa de la cámara acordó personarse en el proceso y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Idéntico ofrecimiento por parte del Congreso fue comunicado por su presidenta a este Tribunal mediante oficio registrado el 15 de marzo de 2019.

4. Mediante escrito registrado el 20 de marzo de 2019, la letrada de la administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, se personó en el procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el art. 37.2 LOTC.

5. La fiscal general del Estado, mediante escrito registrado el 21 de marzo de 2019, interesó la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la disposición indicada en el encabezamiento.

Señala que, después del dictado de las SSTC 253/2004 y 61/2013, el Real Decreto-ley 11/2013 modificó la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, dando nueva redacción a la regla segunda, letra a), párrafo segundo y a la regla tercera, letra c), de dicha disposición. Los preceptos cuestionados fueron

incorporados, primero, al art. 5 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes del orden económico y social y, después, a los actualmente vigentes arts. 247 a) párrafo segundo y 248.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

La fiscal general señala que lo examinado en las SSTC 253/2004 y 61/2013, que ha dado lugar a las mencionadas reformas legislativas, es distinto de lo que ahora se discute, pues en aquellas sentencias lo debatido era si existía vulneración del art. 14 CE por los periodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones exigidas a los trabajadores a tiempo parcial. En la regulación ahora en vigor se han corregido los defectos señalados en la STC 61/2013, respecto del modo de obtener el día legal de cotización, que ahora se obtiene respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y no en referencia a la jornada completa máxima anual autorizada por ley.

No obstante, considera que en esta regulación se contemplan dos escalas para acceder a las prestaciones contributivas del sistema y para fijar el porcentaje sobre la base reguladora, una para los trabajadores que cotizan a tiempo completo y otra para los trabajadores a tiempo parcial. En el caso de estos últimos, la base reguladora debe ser minorada por el distinto modo en que se computa el día trabajado. Así, en el caso de autos, a unas mismas bases cotizadas, si se hubiera tratado de un trabajador a tiempo completo con un periodo de vida laboral de 37 años y once meses, le hubiera correspondido un porcentaje sobre la base reguladora del 105,32 por 100 que se reduciría al 100 por 100 de la pensión y que, en todo caso, le hubiera permitido jubilarse a edad más temprana. En cambio, por ser trabajador a tiempo parcial se le disminuye un 4,94 por 100 sobre su base reguladora. Como se expone en el auto de planteamiento, ello supone una desigualdad que carece de justificación objetiva y razonable, y carece de proporcionalidad al exigir a los trabajadores a tiempo parcial unos periodos reales de cotización notoriamente superiores que a los trabajadores a tiempo completo para alcanzar el mismo porcentaje sobre la base reguladora, incluso realizando las mismas cotizaciones.

Por lo que respecta a la segunda tacha de inconstitucionalidad alegada, la fiscal general del Estado reitera que ni siquiera desde el principio de contributividad del sistema de seguridad social se puede justificar el porcentaje de reducción en la base reguladora de la pensión de jubilación que se aplica a los trabajadores a tiempo parcial, pese a las medidas correctoras vigentes. De todo ello resulta que los trabajadores a tiempo parcial no pueden alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora de su pensión, ni siquiera con periodos muy dilatados de vida laboral. Por ello, la fiscal general del Estado concluye que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE, al tener una incidencia predominante sobre el empleo femenino y provocar, en consecuencia, una discriminación indirecta por razón de sexo.

6. El abogado del Estado se personó en el proceso y formuló alegaciones por escrito registrado el 25 de marzo de 2019, en el que solicita la íntegra desestimación de la cuestión.

a) Comienza afirmando que el análisis de la norma objeto de cuestión debe iniciarse, desde la perspectiva jurídico-constitucional, a partir de tres criterios generales sentados por el Tribunal Constitucional: el derecho que los ciudadanos pueden ostentar en materia de seguridad social es un derecho de estricta configuración legal (SSTC 65/1897, de 21 de mayo, FJ 17, y 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 5); el principio básico en relación con las prestaciones básicas del sistema es el principio de contributividad (SSTC 65/1987, 253/2004 y 156/2014); el principio de igualdad (arts. 14 y 41 CE) resulta de eficacia determinante, en el sentido elaborado por la doctrina constitucional.

b) La inconstitucionalidad que plantea el Tribunal Constitucional sobre la base del recurso de amparo se refiere a la configuración por la norma enjuiciada de un periodo de

cotización distinto del que se prevé para los trabajadores a tiempo completo: es decir, no se refiere al hecho de que la base de cotización, dado el menor tiempo –menos horas– de cotización, sea inferior en comparación con el correspondiente a los trabajadores a tiempo completo, aspecto este considerado como razonable por el mismo recurrente, sino a la percepción de que la norma supone la aplicación de un *plus*, de un denominado «coeficiente general de parcialidad», que posee un efecto reductor a su vez de aquel cómputo temporal previamente efectuado por la misma norma, de por sí inferior al periodo de cotización de los trabajadores a tiempo completo. A juicio del abogado del Estado, dicha apreciación resulta inadecuada.

En primer lugar, afirma que la reducción del periodo de cotización que la norma efectúa no consiste en una reducción arbitraria o de manera voluntarista o en abstracto. Parte de la premisa –al igual que se hace para el cálculo de la base de cotización, aspecto no impugnado– de un menor periodo de tiempo real de prestación laboral. Se trata de una regla proporcional, en función del tiempo: horas trabajadas, transformadas, previa suma aritmética real de las mismas, a hipotéticos días trabajados. No estamos ante una presunción puramente abstracta, asignando al trabajador a tiempo parcial un periodo menor, de modo voluntarista o arbitrario, sin conexión lógica con ninguna situación real de hecho. Con ello, no se produce efecto legal discriminatorio desde la perspectiva del art. 14 CE. La norma establece un cómputo o configuración legal de un periodo menor respecto del trabajador a tiempo parcial, pero un cómputo que no resulta desvinculado de la realidad acaecida. La suma de las horas para deducir cuál sería, en comparación, el periodo trabajado en días si se hubiera trabajado a tiempo completo, quedando este reducido evidentemente, pues se trabajan menos horas, que es el punto de partida del cálculo en sí, no constituye un parámetro de comparación arbitrario o puramente voluntarista por parte del legislador; por el contrario, tiene cabida dentro del margen de opción o libertad de ordenación que la jurisprudencia constitucional, antes invocada, otorga al legislador. La norma de cálculo se conecta directamente con las horas efectivamente trabajadas, encontrando apoyo en el principio contributivo. No procede el legislador con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica (SSTC 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, y 110/2015, de 28 de mayo, FJ 4).

En segundo lugar, frente al argumento del recurrente de que la inconstitucionalidad se produce por la aplicación de lo que entiende como dos reducciones sobre lo mismo, es decir, sobre la misma base, el abogado del Estado sostiene que no es exactamente así. Lo sería –argumenta– si sobre el periodo reducido se aplicara a su vez, sin más, el respectivo coeficiente de parcialidad. Lo que hace la norma es: primero, reduce a días por acumulación y suma comparativa las horas trabajadas; segundo, suma los días trabajados a tiempo completo; tercero, multiplica lo anterior por el coeficiente del 1,5 a fin de otorgarle una compensación favorable, en tanto que de la reducción inicial de días por acumulación de horas sale un periodo menor en términos absolutos respecto del trabajador a tiempo completo. De la suma de todo ello surge una periodicidad reducida en términos absolutos en comparación con el número de días menor en términos absolutos comparada con lo que ese mismo periodo resultante lo hubiera sido para un trabajador a tiempo completo. Es cierto que ese coeficiente de parcialidad se calcula por días trabajados, que en el caso del trabajador a tiempo parcial son menos días en su cómputo de horas. La opción normativa no consiste en una «reducción de la reducción», o reduplicativa, entendida de manera simplista. A la vista del menor tiempo trabajado en su conjunto por el trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo, durante un mismo periodo (un año) tomado como tiempo real, de la suma de todo el periodo con sus adiciones y coeficiente multiplicador, la norma deduce un tiempo total trabajado al que se le aplica el discutido coeficiente de parcialidad, en su escala según precisamente cuál haya sido ese tiempo, mayor o menor, respecto del trabajador a tiempo completo.

Con independencia del juicio que pueda merecer desde otras perspectivas (oportunidad, calidad, tecnicidad, etc.), la configuración legal no resulta arbitraria o desvinculada de los datos fácticos o realidad misma objeto de ordenación. Es el

resultado que el legislador sectorial, dentro de su margen de apreciación, ha previsto para configurar el devengo, cuantía y alcance de la pensión de jubilación de una categoría de trabajadores que objetivamente ha trabajado y, por tanto, cotizado por un tiempo menor que otros. 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.

c) Por lo que se refiere a la posible discriminación indirecta por razón de sexo, el abogado del Estado objeta dos circunstancias derivadas. La primera es que se trata de una cuestión no planteada en realidad en el recurso de amparo que se tramita ante la Sala Segunda del Tribunal Constitucional y que, como alega la letrada de la Seguridad Social en su escrito de oposición al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que el demandante pertenece al sexo masculino, no puede tener incidencia en la decisión del recurso de amparo en cuya consideración se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad. La segunda circunstancia es que el aspecto de diferenciación por sexo es un aspecto abstracto en relación con la cuestión específica planteada acerca de la discriminación laboral por razón del cálculo de la prestación de jubilación. Si se considera que la norma cuestionada no es incompatible con el art. 14 CE, por supuesta injusticia en la parcialidad del cálculo, nada más cabría considerar entonces respecto del citado recurso de amparo, que resultaría desestimado. Si, por el contrario, se considerara que si es incompatible con el art. 14 CE, entonces la hipotética discriminación afectaría a quienes hubieran trabajado y cotizado a tiempo parcial en su medida, fueran estos hombres o mujeres.

7. Por diligencia de ordenación de la secretaría de justicia, de 29 de marzo de 2019, se tuvo por personada y parte en la presente cuestión interna de inconstitucionalidad a la letrada de la administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, y se le concedió un plazo de quince días para que formulara las alegaciones que estimara convenientes.

8. Por escrito registrado el 30 de abril de 2019, la letrada de la administración de la Seguridad Social formuló alegaciones solicitando la inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad por lo que se refiere a la vulneración del art. 14 CE por discriminación indirecta por razón de sexo y la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la vulneración del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, o, subsidiariamente la desestimación íntegra de la cuestión de inconstitucionalidad.

a) La letrada reitera que la regulación cuestionada no vulnera el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, previsto en el art. 14 CE entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a jornada completa. Se trata de una cuestión de inconstitucionalidad que difiere de las resueltas en las SSTC 253/2004 y 61/2013, en las que el Tribunal Constitucional apreció que existía vulneración del art. 14 CE porque las normas enjuiciadas originaban una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, en detrimento de estos últimos, que se encontraba desprovista de una justificación razonable que guardara la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, produciendo resultados especialmente gravosos para los trabajadores a tiempo parcial, pues les impedía o dificultaba el acceso a la pensión de jubilación.

La redacción del precepto cuestionado viene dada por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, en cumplimiento de la STC 61/2013, de 14 de marzo, que declaró inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS 1994, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998. Con el art. 5.1 del Real Decreto-ley 11/2013 se dicta una nueva norma que regula el cómputo de carencia en los contratos de trabajo a tiempo parcial, garantizando el principio de igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial.

Además, se recoge una fórmula para exigir el mismo esfuerzo al trabajador a jornada completa y al trabajador a jornada parcial, evitando que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de las prestaciones que recibe, contenida en el apartado 2 del art. 5 del referido real decreto-ley.

A diferencia de las cuestiones resueltas en las SSTC 253/2004 y 61/2013, en la presente cuestión no se discute la norma que regula el cómputo de los periodos de cotización acreditados con contrato de trabajo a tiempo parcial, a efectos de reunir el periodo de carencia necesario para acceder a la prestación, sino la norma que regula el cálculo del periodo de cotización por el que se determina el porcentaje aplicable a la base reguladora para obtener la cuantía de la pensión de jubilación, la disposición adicional séptima 1, regla tercera, apartado c), LGSS 1994, en la redacción dada por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto.

La letrada de la administración de la Seguridad Social insiste en que la norma no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley del art. 14 CE, ya que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pues 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 solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello (SSTC 46/1999, 200/2001 y 156/2014, entre otras).

La protección social derivada de los contratos a tiempo parcial presenta características relevantes suficientes para admitir una regulación específica. La reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2013 obedece a la finalidad de mantener la proporcionalidad, tanto en el acceso a las prestaciones como en su cuantía, siguiendo los principios de contributividad y equidad que caracterizan al sistema español de Seguridad Social. Así, para el cálculo del periodo de carencia establece una nueva fórmula, contenida en la regla segunda de la disposición adicional séptima.1 LGSS 1994, en la que se computan los días cotizados en proporción al coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable. Pero, a continuación, se calcula el coeficiente global de parcialidad sobre el total de días en alta a lo largo de la vida laboral del trabajador, y el periodo mínimo de cotización exigible para el reconocimiento de la prestación será el resultado de aplicar al periodo de carencia regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad. El cálculo del periodo cotizado a los efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora para obtener la cuantía de la pensión se regula en el precepto cuya constitucionalidad ahora se plantea, que establece que el número de días cotizados que resulten de la aplicación del coeficiente de parcialidad, previsto en el segundo párrafo del apartado a) de la regla segunda de la disposición adicional séptima 1 TRLGSS 1994, se incrementará al multiplicarlo por 1,5, sin que el resultado pueda ser superior al periodo de alta a tiempo parcial.

Conforme a la regulación de la protección social para los trabajadores a tiempo parcial, realizada por el Real Decreto-ley 11/2013, no nos encontramos con una legislación que impida o dificulte el acceso a las prestaciones a los trabajadores a tiempo parcial, ya que se aplica el coeficiente global de parcialidad para el cálculo del periodo de cotización exigible para el reconocimiento de la prestación. En cuanto a la regulación del cálculo del periodo cotizado a los efectos de determinar el porcentaje aplicable a la pensión, el cálculo del porcentaje obedece al principio de contributividad, debiendo existir una proporcionalidad con lo que se ha aportado vía cotizaciones. El derecho a la igualdad y no discriminación no opera de manera autónoma, sino que se valora en relación con las situaciones jurídicas con las que se compara. En este caso se trata de relacionar el derecho a la pensión de jubilación entre los trabajadores que han cotizado a tiempo completo y aquellos que lo han hecho siempre, o en algún momento, a tiempo

parcial y esta diferencia en la duración de la jornada se refleja en la aportación que realizan al sistema. Se trata de supuestos que presentan características relevantes suficientes como para admitir un trato cuyas diferencias sean objetivamente razonables y proporcionales.

La específica regulación del cómputo del periodo cotizado en los contratos a tiempo parcial, a los efectos de determinar el porcentaje aplicable tiene, a juicio de la letrada, una justificación objetiva y razonable que viene determinada por los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad en los que se basa el sistema de Seguridad Social, que constituyen la garantía de su sostenibilidad financiera. Las consecuencias jurídicas que resultan de la aplicación de la norma específica no resultan especialmente gravosas ni desproporcionadas, por lo que se considera que la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, cumple el requisito de proporcionalidad; así en el recurso de amparo del que trae causa esta cuestión de inconstitucionalidad, la diferencia de porcentaje, que resulta de su aplicación es del 4,94 por ciento. Además, de acuerdo con los principios de solidaridad y suficiencia de las pensiones, que también inspiran nuestro sistema de Seguridad Social, se garantizan pensiones mínimas para los trabajadores con contratos a tiempo parcial en la misma extensión, términos y condiciones que para el resto de los trabajadores. Si la pensión causada por el trabajador resulta inferior al importe de la pensión mínima vigente en cada momento y reúne el resto de los requisitos (carencia de otros ingresos o rentas) tendrá derecho a un complemento hasta alcanzar la cuantía mínima completa (art. 50 LGSS 1994; art. 59 LGSS 2015). Por tanto, los trabajadores a tiempo parcial que realizan jornadas de trabajo inferiores al 67 por 100 de la jornada de trabajo ordinaria, cuentan con la garantía de las pensiones mínimas, que supondrá un beneficio mayor para el trabajador a tiempo parcial, cuanto menor sea la duración de su jornada.

Finalmente, se destaca que el Tribunal Constitucional ha resuelto en las SSTC 156/2014 y 110/2015 la constitucionalidad de la disposición adicional séptima LGSS 1994, en la redacción dada por la Ley 1/2014, que convalida el Real Decreto-ley 11/2013, que establece las normas específicas para la protección de los trabajadores contratados a tiempo parcial, si bien respecto de supuestos en los que no se cuestionaba el precepto que constituye el objeto de esta cuestión, sino la regulación de la integración de lagunas. Se reproduce parte del fundamento jurídico 4 de la STC 156/2014, de 25 de septiembre, y se considera que su fundamentación, en cuanto se refiere a que el legislador no está obligado al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos y a la necesidad de no alterar el equilibrio financiero del sistema, resulta aplicable a la presente cuestión.

b) Por lo que respecta a la vulneración del principio de igualdad ante la ley por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, la letrada de la administración de la Seguridad Social argumenta que esta posible causa de vulneración del art. 14 CE no ha sido planteada en el recurso de amparo núm. 6416-2016, del que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad, en el que el demandante pertenece al sexo masculino. La letrada recuerda que, en el escrito de alegaciones previas al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, solicitó la inadmisión de la cuestión, respecto a si el precepto objeto de debate, podría provocar una discriminación indirecta por razón de sexo en perjuicio de la mujer, porque es irrelevante para la decisión del asunto del que trae causa, recurso de amparo núm. 6416-2016, en el que el demandante es varón, de manera que la cuestión de la discriminación indirecta por razón de sexo, no está en conexión con el objeto del recurso de amparo.

El art. 35 LOTC, al que remite el art. 55.2 de la misma que se refiere a la cuestión interna de inconstitucionalidad, dispone respecto a la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad que el órgano judicial, al plantearla, deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. En la cuestión de inconstitucionalidad no se realiza un control abstracto de inconstitucionalidad de las normas, sino ceñido al caso

que se ha de juzgar y, en el caso que nos ocupa, al tratarse de un demandante varón, es absolutamente irrelevante la cuestión de la discriminación por razón de sexo, en perjuicio de la mujer. En este sentido se ha pronunciado el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 2, resolviendo la inadmisibilidad de la cuestión, respecto de la discriminación indirecta por razón de sexo, planteada por el abogado del Estado y por el fiscal general del Estado, en un supuesto en el que el demandante también era varón, estableciendo que no procede entrar a valorar si la norma cuestionada es discriminatoria por razón de sexo, porque supondría un control abstracto de la norma y una desconexión con el litigio *a quo*. A juicio de la letrada, la solución adoptada por la STC 156/2014 es plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa, y reitera su alegación de inadmisión parcial de la cuestión, respecto a la vulneración del art. 14 CE por discriminación indirecta por razón de sexo, en perjuicio de la mujer.

No obstante, la letrada procede a formular alegaciones sobre el fondo de dicha vulneración, reiterando lo manifestado en su escrito de alegaciones previo al planteamiento de la cuestión. Señala que la norma cuestionada, incluida dentro de la regulación específica de protección social derivada de los contratos a tiempo parcial se aplica tanto a hombres como a mujeres, es de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial (contrato realizado para sustituir la reducción de jornada laboral del trabajador que accede a la jubilación parcial) y contrato de trabajo fijo-discontinuo, que estén incluidos en el campo de aplicación del régimen general, del régimen especial de la minería del carbón y del régimen especial de los trabajadores del mar. Afirma que la situación ya no es la que contemplaba la STC 61/2013, que se refería a los datos de 2002 y 2003. En la actualidad el contrato a tiempo parcial se ha incrementado con carácter general, como consecuencia de una mayor flexibilización de la organización del trabajo que incide en la reducción de la jornada laboral y en el reparto del trabajo. Además, aunque en la actualidad pudiera afectar a más mujeres que a hombres el trabajo a tiempo parcial, tendencia que se está equilibrando, se trata de una regulación que, tal y como se ha señalado en la alegación anterior, cumple los requisitos de justificación y proporcionalidad exigidos. La situación de las mujeres respecto a las prestaciones de Seguridad Social no es de peor condición, pues se ven favorecidas por diversos beneficios establecidos en la legislación de Seguridad Social. Estas medidas de impacto positivo en la igualdad de las mujeres –que afectan independientemente de que hayan desempeñado su jornada laboral a tiempo completo o a tiempo parcial– se han venido introduciendo en el marco de la Seguridad Social para paliar las interrupciones en su vida laboral como consecuencia de la maternidad y el cuidado de los hijos. Entre estas medidas, menciona las siguientes:

(i) Períodos de cotización asimilados por parto. Para las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, la norma de Seguridad Social contempla el cómputo a favor de la trabajadora solicitante de la pensión de un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad del período señalado (disposición adicional cuadragésima cuarta LGSS 1994; art. 235 LGSS 2015).

(ii) Beneficios por cuidados de hijos o menores. Se computa como período cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a determinadas prestaciones, aquel en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación (disposición adicional sexagésima LGSS 1994; art. 236 LGSS 2015).

(iii) Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. A partir de 1 de enero de 2016, y por su aportación demográfica a la

Seguridad Social, se reconoce un complemento de pensión a las mujeres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y son beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente (art. 60 LGSS 2015).

Se concluye reiterando la inadmisibilidad parcial de la cuestión por esta duda de constitucionalidad y, subsidiariamente, en cuanto al fondo, la no vulneración del art. 14 CE, al no provocar discriminación indirecta por razón de sexo.

9. Por providencia de 2 de julio de 2019 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 3 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión interna de inconstitucionalidad se plantea por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional con relación a la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante LGSS 1994), en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, por posible contradicción con el art. 14 CE.

La letra c) de la regla tercera («Bases reguladoras») del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS 1994 («Normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial») tiene la siguiente redacción:

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

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

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

Para una mejor comprensión de lo que dispone la disposición cuestionada, resulta oportuno que transcribamos también el tenor literal de la letra a) de la regla segunda («Períodos de cotización») de la misma disposición adicional séptima LGSS 1994, pues el párrafo primero de la disposición cuestionada se remite expresamente al párrafo segundo de la letra a) de la regla segunda:

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

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

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el

período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

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

El auto de planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad considera que el precepto cuestionado, cuya regulación se contiene actualmente en el art. 248.3 del vigente texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante LGSS 2015), podría vulnerar el art. 14 CE desde una doble perspectiva: por un lado, en la medida en que vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues contiene una diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo; y por otro lado, por discriminación indirecta por razón de sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, ocasionándoles la norma cuestionada un efecto perjudicial.

La fiscal general del Estado interesa la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, por doble vulneración de la norma cuestionada del art. 14 CE, tanto por infringir el principio de igualdad ante la ley como por incurrir en discriminación indirecta por razón de sexo. Por su parte, el abogado del Estado, en la representación que ostenta, interesa la desestimación íntegra de la cuestión. Por último, la letrada de la administración de la Seguridad Social, en su condición de parte en el procedimiento *a quo*, solicita la inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad por lo que se refiere a la vulneración del art. 14 CE por discriminación indirecta por razón de sexo y la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la vulneración del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial o, subsidiariamente la desestimación íntegra de la cuestión de inconstitucionalidad. Las razones en las que se basan las referidas solicitudes de estimación, desestimación o inadmisión parcial se exponen con detalle en los antecedentes de esta sentencia.

2. Con carácter previo al examen de fondo, procede efectuar algunas consideraciones preliminares. En el presente fundamento jurídico realizaremos unas precisiones sobre la vigencia de la norma cuestionada y el marco normativo en que se encuadra, esto es, la normativa reguladora de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente del trabajador a tiempo parcial, y en el siguiente fundamento jurídico las consideraciones se dirigirán a delimitar con precisión el objeto de la controversia y el alcance de nuestro enjuiciamiento.

a) Al margen de normativas anteriores en el tiempo que también se ocuparon de esta materia (un repaso histórico se incluye en el fundamento jurídico 2 de la STC 253/2004, de 22 de diciembre), la disposición adicional séptima LGSS 1994, en sus distintas redacciones, fue hasta 2015 la norma jurídica que contenía las reglas para la determinación del derecho de acceso a la prestación de jubilación para los trabajadores a tiempo parcial y, en lo que aquí importa, también para el cálculo de su cuantía. El tenor original de la citada disposición adicional séptima, expresado en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, fue modificado parcialmente primero por el artículo segundo del Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad –una de cuyas reglas fue declarada contraria al art. 14 CE y nula por la STC 61/2013, de 14 de marzo, como luego indicaremos– y después por el art. 5 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, dictado justamente, como reconoció su exposición de motivos, para superar el vacío legal provocado por la STC 61/2013. Posteriormente, el art. 5 del Real Decreto-ley 11/2013 se convirtió en el art. 5 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo

parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que incluía las modificaciones mencionadas de la disposición adicional séptima LGSS 1994.

Finalmente, como ya se indicó en el fundamento jurídico primero, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el vigente texto refundido de la Ley general de Seguridad Social (LGSS 2015), derogó expresamente el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 (disposición derogatoria única), si bien incorporó al art. 248.3 LGSS 2015 una regulación con el mismo tenor que el de la derogada disposición adicional séptima LGSS 1994.

Conforme a reiterada doctrina constitucional, tanto la derogación como la modificación o la sustitución de la norma cuestionada, incluso aunque sea sustituida, como ocurre en el presente caso, por una regulación idéntica, no implica, no obstante, una pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (entre otras, SSTC 73/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 183/2012, de 17 de octubre, FJ 3; 92/2014, de 10 de junio, FJ 3; 29/2015, de 19 de febrero, FJ 2, y 227/2016, de 22 de diciembre, FJ 2).

b) El apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS 1994 establecía que «[l]a protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por las siguientes reglas [primera, segunda, tercera y cuarta]». La asimilación no significa que no existieran normas específicas tanto para los periodos de cotización como para la determinación de las bases reguladoras y el cálculo de la cuantía de la pensión. A continuación se sintetizan dichas normas, que siguen estando vigentes en virtud de los arts. 245 y ss. LGSS 2015, por lo que, para facilitar la comprensión, las designaremos por referencia tanto a las reglas del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS 1994 como a las reglas de la LGSS 2015.

De acuerdo con la regla segunda, letra a) LGSS 1994 [que se corresponde con el contenido del vigente art. 247 a) LGSS 2015], se tienen en cuenta los distintos periodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplica sobre el periodo de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada periodo. Al número de días que resulten se le suman, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

De acuerdo con la regla segunda, letra b), LGSS 1994 [que se corresponde con el contenido del vigente art. 247 b) LGSS 2015], una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se calcula el coeficiente global de parcialidad, que es el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizaba exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

De acuerdo con la regla segunda, letra c), LGSS 1994 [que se corresponde con el contenido del vigente art. 247 c) LGSS 2015], el periodo mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido era el resultado de aplicar al periodo regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

Pasando ya a las normas relativas a las bases reguladoras y la cuantía de las pensiones, la regla tercera, letra a), LGSS 1994 [que se corresponde con el contenido del vigente art. 248.1 a) LGSS 2015] establecía que «la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general». Sin perjuicio de diversas peculiaridades, que analizaremos después, el cálculo

de la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común de los trabajadores a tiempo parcial se determinaba con arreglo a las mismas reglas generales que se aplicaban también a los trabajadores a tiempo completo.

Por lo que respecta a la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación, la disposición adicional séptima, apartado 1, regla tercera, letra c) [que se corresponde con el contenido del vigente art. 248.3 LGSS 2015], se remitía expresamente al apartado 1 del art. 163 LGSS 1994 para determinar «el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora». El apartado 1 del art. 163 LGSS 1994 establecía –en términos idénticos a los del vigente art. 210.1 LGSS 2015– la siguiente escala general de porcentajes a aplicar a la base reguladora para determinar la «cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva»:

«1. Por los primeros 15 años cotizados: el 50 por 100.

2. A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19 por 100, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18 por 100, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente.

A la cuantía así determinada le será de aplicación el factor de sostenibilidad que corresponda en cada momento».

No obstante, como expresamente recuerda el precepto cuestionado, los porcentajes del número 2 fueron modificados por la disposición transitoria vigésima primera LGSS 1994, introducida por el art. 4.6 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y sustituidos por nuevos porcentajes para los años 2013 a 2019, 2010 a 2022, 2023 a 2026 y a partir de 2027 (contenidos en la actualidad en la disposición transitoria novena LGSS 2015).

Y por lo que respecta a la determinación de la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la disposición adicional séptima se remitía implícitamente a las reglas generales previstas en el art. 137 LGSS 1994, según el cual el porcentaje estaba en función del grado de incapacidad del sujeto: 55 por 100 en la incapacidad permanente transitoria, 100 por 100 en la incapacidad permanente absoluta y un complemento adicional en el caso de la gran invalidez, en los términos que allí se establecían.

c) Por tanto, de acuerdo con la disposición adicional séptima, apartado 1, regla tercera, letra a), LGSS 1994, la cuantía de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común de los trabajadores a tiempo parcial se calcula aplicando el esquema general de cálculo previsto también para los trabajadores a tiempo completo, esto es, la fijación de la base reguladora y la aplicación de un porcentaje sobre la misma.

En síntesis, la base reguladora se calcula haciendo un promedio de las bases de cotización de un periodo prolongado de tiempo anterior a la jubilación. Esas bases de cotización se corresponden a los salarios reales percibidos, aplicando unos límites mínimo y máximo: para el trabajador a tiempo completo, el límite mínimo equivale al salario mínimo legal a tiempo completo; para el trabajador a tiempo parcial, el límite mínimo equivale al salario mínimo legal por hora multiplicado por el número de horas trabajadas. Para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, las bases de cotización se actualizan con el índice de precios al consumo hasta veinticuatro meses antes de la jubilación.

Una vez calculada la base reguladora, si dentro de la vida laboral existen contratos a tiempo parcial, se aplica un sistema de cálculo basado en la parcialidad. Los periodos trabajados a tiempo parcial no se computan completos, sino en proporción a la parcialidad, en función del porcentaje que representa la jornada realizada a tiempo parcial en relación con la realizada por un trabajador a tiempo completo («coeficiente de parcialidad»). Los días cotizados con contratos a tiempo parcial se incrementan con la

aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial. Por lo tanto, no se toma en cuenta la totalidad del periodo de alta en la Seguridad Social, como acontece con los trabajadores a tiempo completo, sino solo los días cotizados, si bien reducidos como consecuencia de la aplicación del «coeficiente de parcialidad». No obstante, la aplicación del coeficiente del 1,5 reduce la diferencia existente entre una y otra fórmula legal, y llega incluso a anularla completamente si el coeficiente de parcialidad durante el periodo es igual o superior a 67 por 100.

Una segunda peculiaridad se contempla en el párrafo tercero de la letra c) de la regla tercera, y se refiere al tratamiento del porcentaje aplicable a la base reguladora cuando el periodo de cotización es inferior a quince años. Si el interesado acredita un periodo de cotización superior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados estos últimos con el coeficiente del 1,5, se le aplica la misma escala general que a los trabajadores a tiempo completo, de forma que, cuando menos, por acreditar un periodo de cotización superior a quince años, tendrían derecho al 50 por 100 de la base reguladora de la pensión de jubilación. En cambio, y aquí reside la peculiaridad, si el interesado acredita un periodo de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados estos últimos con el coeficiente del 1,5, «el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años».

3. Todavía con carácter previo al examen de fondo, procede efectuar otras consideraciones preliminares a fin de delimitar con precisión el objeto de la controversia y el alcance de nuestro enjuiciamiento:

a) Aun cuando el ATC 3/2019 de la Sala Segunda plantea la cuestión respecto de toda la regla tercera, letra c), del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS 1994, lo cierto es que, en atención al objeto del proceso *a quo* y a las propias características de las cuestiones de inconstitucionalidad, la duda de constitucionalidad a examinar debe delimitarse de la siguiente manera: en primer lugar, debe ceñirse a las reglas generales de cálculo formuladas en los dos primeros párrafos, pues el párrafo tercero contiene una excepción a dichas reglas generales, que no resulta aplicable en el litigio de origen; y, en segundo lugar, debe contraerse al cálculo de las pensiones de jubilación, que es la parte de la norma que resulta aplicable al recurso de amparo de la que trae causa la presente cuestión interna de inconstitucionalidad.

En suma, el objeto de la cuestión es la adecuación constitucional de la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, una vez que han acreditado un periodo de cotización superior a quince años, mediante la aplicación de un porcentaje de parcialidad a la base reguladora, si bien incrementando el número de días cotizados con un coeficiente del 1,5.

b) Antes de examinar la cuestión planteada es necesario también responder a las objeciones de admisibilidad formuladas, pues nada impide que se pueda apreciar la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, exigidos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, además de en el trámite de admisión previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), también mediante sentencia. Esta es nuestra doctrina constitucional con respecto a las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por los jueces y tribunales ordinarios (por todas, SSTC 183/2013, de 23 de octubre, FJ 2; 206/2014, de 15 de diciembre, FJ 2, y 10/2015, de 2 de febrero, FJ 2), y no apreciamos razón alguna para no aplicarla también con relación a las cuestiones internas de inconstitucionalidad, si bien con la matización que luego señalaremos.

Como se expuso en los antecedentes, la letrada de la administración de la Seguridad Social ha reiterado las alegaciones que realizó en el trámite previo al planteamiento de la presente cuestión interna de inconstitucionalidad para fundamentar su solicitud de

inadmisión parcial de la cuestión, por lo que se refiere a la vulneración del art. 14 CE por discriminación indirecta por razón de sexo. También el escrito del abogado del Estado alude al contenido de esas alegaciones, si bien no deriva de las mismas objeción alguna al examen de fondo de la constitucionalidad del precepto por ese motivo.

Debemos comenzar recordando que en el fundamento jurídico 7 del ATC 3/2019, por medio del cual se planteó la presente cuestión, la Sala Segunda de este Tribunal ya rechazó las mismas alegaciones por considerar que, a la hora de incorporar la posible lesión del art. 14 CE por discriminación indirecta por razón de sexo, no estaba constreñida por la demanda de amparo, tanto porque la cuestión de inconstitucionalidad la planteaba directamente aquella Sala, ex art. 55.2 LOTC, como porque subsidiariamente cabría siempre su ampliación por la vía del art. 39.2 LOTC. Asimismo, señaló que, aunque el recurrente del proceso a quo no fuera una mujer, la norma cuestionada resultaba de aplicación universal para todos los trabajadores a tiempo parcial y, desde luego, le fue aplicada al demandante de amparo, según se recogía en los antecedentes y en el fundamento jurídico 5 de dicha resolución. Por tanto, es patente la relevancia que tiene el precepto que aquí se cuestiona para la resolución del recurso de amparo en el que se han suscitado dudas sobre su constitucionalidad.

En cualquier caso, como ya dijimos en la STC 31/2000, de 3 de febrero, FJ 1, y reiteramos en la STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 2, «la vinculación al proceso previo no es exactamente la misma en el caso de la cuestión ex art. 55.2 LOTC que en el de la promovida por un juez o tribunal ordinarios», con independencia de que, cuando se adoptaron aquellas resoluciones, se mantenía la redacción originaria del art. 55.2 LOTC –posteriormente reformada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional–, por lo que el pronunciamiento del Pleno sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado era siempre posterior a la resolución del proceso previo, de manera que nunca quedaba este último pendiente, para su conclusión definitiva, de lo que se decidiera en relación con la constitucionalidad del precepto cuestionado.

4. En este fundamento jurídico sintetizaremos la doctrina constitucional sobre la igualdad en general y en los siguientes, por un lado, la dictada en materia de Seguridad Social y, por otro, la que ha analizado las normas relativas al cálculo de las pensiones contributivas, sobre todo la de jubilación, desde la perspectiva también del art. 14 CE.

De acuerdo con nuestra doctrina sobre el art. 14 CE, dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el derecho a la igualdad y las prohibiciones de discriminación.

a) Como señalamos en la STC 200/2001, de 4 de octubre, el art. 14 CE contiene en su primer inciso «una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (FJ 4).

Es necesario resaltar que el art. 14 CE concreta la igualdad como valor superior del ordenamiento (art. 1 CE) en un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales, que no es simplemente instrumental a los demás derechos fundamentales, sino que adquiere un contenido propio. En un Estado social y democrático de Derecho, como el que establece nuestra Constitución, el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos, y que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

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

b) La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, con la proclamación del derecho a la igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2, y 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En la STC 200/2001, FJ 4, también señalamos que, a diferencia del derecho a la igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, «las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad»; y que «en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones».

c) Entre los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos se encuentra la discriminación por razón del sexo. Desde la STC 145/1991, de 1 de julio, este Tribunal incluye en la prohibición de discriminación del art. 14 CE tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. La primera consiste en un tratamiento perjudicial en razón del sexo en el que el sexo es objeto de consideración directa. Y respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional ha asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres: tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos

a cualquier discriminación por razón de sexo (SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 4; 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6, y 253/2004, ya citada, FJ 7).

En la actualidad, el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo se encuentra expresamente recogido tanto en el Derecho de la Unión Europea [art. 2.1 b) de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación] como en el ordenamiento interno (art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ley que incorpora el acervo comunitario sobre igualdad de sexos).

En la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 3/2007 se destaca la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y de la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y sus suministros; la Directiva 2002/73/CE está actualmente refundida en la citada Directiva 2006/54/CE.

Asimismo en su art. 6.2, define la discriminación indirecta por razón de sexo como «la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que las medidas para alcanzar dicha finalidad sean necesarias y adecuadas».

De igual modo, debemos señalar que, cuando se denuncia una discriminación indirecta por razón de sexo, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. En suma, como afirmamos en la STC 253/2004, «en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho» (FJ 7).

La incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6), ya sean datos estadísticos aportados por el órgano judicial promotor de la respectiva cuestión de inconstitucionalidad o datos estadísticos actualizados de oficio por el Tribunal (STC 253/2004, FJ 8).

5. La duda de constitucionalidad que se plantea por la Sala Segunda de este Tribunal tiene por objeto una prestación contributiva de la seguridad social, por lo que, aunque no se haya alegado la vulneración del art. 41 CE, es conveniente recordar el alcance de las obligaciones que dicho precepto constitucional impone a los poderes públicos, que se encuentra sintetizado en las SSTC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3, y 213/2005, de 21 de julio, FJ 3.

a) La Constitución ha recogido y consagrado en su art. 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de seguridad social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-

cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 3; y 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras).

b) El art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer –o mantener– un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de seguridad social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo [...] un núcleo o reducto indisponible por el legislador» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (SSTC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; y 76/1988, de 26 de abril, FJ 4).

c) Salvada la mencionada limitación, 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 aquel (STC 65/1987, ya citada, FJ 17, entre otras). Este amplio margen de libertad reconocido al legislador por el Tribunal Constitucional en relación con prestaciones sociales que tienen fundamento constitucional en el art. 41 CE descansa, en efecto, en el hecho de «tratarse de recursos económicos necesariamente escasos en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades y deberes de los grupos sociales» (SSTC 65/1987, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 361/1993, de 3 de diciembre, FJ 2; y 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3, entre otras).

A modo de síntesis podemos reproducir parte del fundamento jurídico 3 de la ya citada STC 197/2003:

«[E]l 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). 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 del derecho (STC 114/1987). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico (SSTC 103/1984 y 27/1988), ni vulnera el principio de igualdad».

En la misma STC 197/2003 advertimos que, 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–», «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)»

6. Ahora bien, la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema de seguridad social en atención a circunstancias económicas y sociales está

sometida al necesario respeto de los principios constitucionales y, por ende, a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación (STC 61/2013, FJ 6). Diversos pronunciamientos de este Tribunal se han referido a esas exigencias con relación a la configuración de las prestaciones de la seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial. En el presente fundamento jurídico extractaremos la doctrina dimanante de esas resoluciones. Aunque ninguna de nuestras sentencias ha analizado exactamente el mismo problema constitucional que aquí se plantea, sí han abordado cuestiones próximas.

a) En materia de cotización y acción protectora de la seguridad social, este Tribunal ha reconocido reiteradamente que no vulnera el art. 14 CE el que la prestación por concepto de pensión sea inferior en el trabajador a tiempo parcial, respecto del trabajador a tiempo completo; esto lo ha señalado específicamente con respecto a la base reguladora y, en cuanto a esta, de la distinta base de cotización, pero no a otros efectos distintos como sería el del periodo de cotización. Así, en la STC 253/2004, ya citada, se afirmó que «[e]n 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» (FJ 6), y que «el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de seguridad social justifica sin duda que el legislador establezca (como lo hace en la norma cuestionada) que las bases reguladoras de las prestaciones de seguridad social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa» (FJ 8). Pronunciamientos que se reiteraron en las SSTC 61/2013, FJ 6 b); 156/2014, 25 de septiembre, FJ 5, y 110/2015, de 28 de mayo, FFJJ 4 y 8.

De acuerdo con nuestra doctrina, tampoco puede considerarse lesivo del art. 14 CE desde la perspectiva de una discriminación indirecta por razón de sexo un precepto legal que, en aras del principio de contributividad, articula el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de seguridad social (y en consecuencia la fijación de su cuantía) en función de lo efectivamente cotizado, de forma que a los trabajadores que realizan jornadas a tiempo parcial les corresponde una prestación de cuantía inferior (ATC 30/2009, de 27 de enero, FJ 5, y STC 110/2015, FJ 8).

b) En las SSTC 156/2014 y 110/2015, se examinó el régimen legal para la integración de los periodos sin obligación de cotizar, a efecto del cálculo de la prestación de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. El Tribunal constató que la integración se efectuaba con el mismo mecanismo –teniendo en cuenta la base mínima en cada caso– tanto para los trabajadores a tiempo parcial como para los trabajadores a tiempo completo, lo que descartaba la lesión del art. 14 CE, incluso aunque el resultado de la aplicación de ese mecanismo tuviera un efecto diferente en función de que el periodo previo de cotización lo fuera a tiempo completo o a tiempo parcial.

Para el presente proceso resultan relevantes los pronunciamientos del Tribunal que, en la primera resolución citada, matizaron el principio de contributividad: «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)» (STC 156/2014, FJ 5). Y después de recordar la doctrina

reiterada según la cual el legislador dispone de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para su propia viabilidad y eficacia, afirmó que «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» (STC 156/2014, FJ 5). Como ejemplo se mencionó expresamente, además de las reglas de integración de lagunas de cotización, el que la propia base reguladora de la prestación tuviera 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.

En suma, el legislador puede optar entre distintas configuraciones del sistema de seguridad social, en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pudiendo establecer mecanismos que tengan en cuenta en mayor o menor medida el esfuerzo contributivo realizado; pero ello no significará que sea inconstitucional la opción que tenga en cuenta en menor medida el esfuerzo contributivo realizado (STC 156/2014, FJ 5, citando expresamente las SSTC 65/1987, FJ 17, y 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3).

c) Más próximas al objeto de la presente cuestión están, finalmente, las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre –seguida y aplicada por las SSTC 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo, resolutorias de sendos recursos de amparo– y 61/2013, de 14 de marzo –seguida y aplicada por las SSTC 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril, y 116/2013 y 117/2013, ambas de 20 de mayo, todas ellas resolutorias de recursos de amparo–, que declararon la inconstitucionalidad de diversas reglas relativas al cómputo de los periodos de carencia necesarios para causar derecho a determinadas prestaciones, por considerar que la aplicación de un criterio estricto de proporcionalidad causaba resultados desproporcionados, contrarios al art. 14 CE.

Así se afirmó en la STC 253/2004, FJ 6: «[L]a aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los periodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos periodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia. De este modo no solo se obtiene una pensión de cuantía inferior cuando en la vida laboral existen periodos de trabajo a tiempo parcial (lo cual, se insiste, es constitucionalmente legítimo por responder al menor esfuerzo contributivo realizado), sino que se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el periodo de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen periodos de cotización elevados».

La citada STC 253/2004 declaró la inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores (en adelante LET), en un momento en que dicha previsión había sido ya sustituida por la nueva regulación introducida por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre. A través de esta norma, y con fines de corrección sistemática, se dio nueva redacción al art. 12 LET, limitando principalmente su contenido a aspectos laborales del contrato a tiempo parcial, y dejando ubicados en la LGSS 1994 los criterios básicos de protección social relativos a esta modalidad contractual, que también fueron sometidos a revisión normativa, con objeto, según su exposición de motivos, de «hacer compatibles el principio de contributividad propio del sistema de seguridad social con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial». A estos efectos, y en lo que ahora interesa, el citado Real Decreto-ley 15/1998 procedió a dar un nuevo tenor a la disposición adicional séptima LGSS 1994, dedicada a regular las «normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo

parcial», y que, en la regla segunda de su apartado primero, se encargó de revisar los criterios de cómputo de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones.

En concreto, en el primer inciso de la letra a) de dicha regla segunda, el legislador mantuvo, en principio, el criterio de proporcionalidad respecto al cómputo de los períodos de carencia, indicando que, a efectos de determinar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarían exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas –ordinarias o complementarias–, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. Ahora bien, como novedad, la norma atenuó la aplicación de este criterio mediante la introducción de dos reglas correctoras: de una parte, en el segundo inciso de la citada letra a), pasó a definir el concepto de «día teórico de cotización», utilizado como base de cálculo, y que resulta de dividir el número de horas trabajadas entre cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales (obtenido, a su vez, del cálculo en cómputo anual de la jornada máxima legal de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo); en segundo lugar, en la letra b) de la misma regla segunda se estableció que, para el reconocimiento del derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenido conforme a lo dispuesto en la regla anterior se le aplicaría el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarían acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización, y sin que en ningún caso pudiera computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo. Esta segunda regla correctora se dirigía a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las pensiones con mayores exigencias carenciales (jubilación e incapacidad permanente) y con mayor incidencia de los períodos de cotización en la determinación del porcentaje de la pensión (jubilación).

Respecto a estos nuevos criterios de cómputo de los períodos de carencia, la STC 253/2004 se limitó a dar cuenta de ellos y a destacar que la regulación incorporada se encontraba «inspirada en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social». No obstante, la citada sentencia no se pronunció sobre la constitucionalidad de esta nueva normativa, pues, en atención a la fecha del hecho causante del proceso a quo, las previsiones aplicables al caso eran las contenidas en la norma precedente en la materia, esto es, el ya referido art. 12.4 LET, a cuyo contenido quedaron restringidas las consideraciones del Tribunal, ceñidas, por tanto, a valorar la adecuación constitucional del estricto criterio de proporcionalidad en el cómputo de los períodos de cotización, sin aplicación de reglas correctoras.

En la mencionada STC 61/2013, finalmente, este Tribunal se pronunció sobre la normativa introducida por el Real Decreto-ley 15/1998, en concreto sobre el «inciso inicial de la letra a) de la regla 2 del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social». La normativa seguía manteniendo una diferencia de trato en el cómputo de los períodos cotizados entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, basada en la aplicación de un criterio de proporcionalidad, referido no solo a la cuantía de las bases reguladoras, sino también al cálculo de los períodos de carencia, aunque moduladas por las dos reglas correctoras antes mencionadas.

El Tribunal consideró que, aisladamente considerada, la primera regla correctora – consistente en dividir el número de horas trabajadas por los trabajadores a tiempo parcial por cinco, como equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales, cifra que se correspondía con la jornada completa máxima anual autorizada por la ley– podría resultar incluso potencialmente más perjudicial para los trabajadores a tiempo parcial que el criterio establecido en la regulación precedente (calcular la

proporción entre la jornada real del trabajador a tiempo parcial y la jornada habitual en la actividad de que se tratara).

A los efectos de la presente cuestión de inconstitucionalidad interesa especialmente la segunda regla correctora, que establecía, como se dijo, la aplicación de un coeficiente multiplicador de 1,5 al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a la regla anterior para determinar el período total de ocupación cotizado, medida que se aplica, exclusivamente, respecto a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente. Este Tribunal afirmó que dicha regla correctora «supon[ía], en definitiva, reconocer a los trabajadores contratados a tiempo parcial un plus de medio día cotizado por cada día teórico de cotización calculado conforme al criterio de proporcionalidad ya analizado, previéndose la aplicación de este *plus* con carácter uniforme para todos los trabajadores a tiempo parcial, con independencia de la duración mayor o menor de la jornada de trabajo realizada o del período más o menos amplio de tiempo acreditado a tiempo parcial dentro de la vida laboral de cada trabajador». Sin embargo, a pesar de «aten[uar] los efectos derivados de una estricta proporcionalidad, favoreciendo que los trabajadores a tiempo parcial puedan alcanzar los períodos de cotización exigidos para causar la prestación de jubilación» (que era la discutida en el proceso a quo), «su virtualidad como elemento de corrección es limitada, y ni siquiera en el ámbito de esta prestación se consigue evitar los efectos desproporcionados que su aplicación conlleva en términos de desprotección social», pues «únicamente serán menos los trabajadores perjudicados por su aplicación, pero, respecto de ellos, la regulación cuestionada habrá de merecer similares reproches a la anterior, al resultar insuficiente su eficacia correctora». El Tribunal afirmó que «cuando el trabajo a tiempo parcial no sea un episodio más o menos excepcional en la vida laboral del trabajador y cuando la jornada habitual del mismo no resulte muy elevada, la aplicación del criterio de proporcionalidad seguirá, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado para su acceso a la pensión de jubilación». También consideró que la corrección introducida seguía sin aportar a la diferencia de trato la justificación de la que carecía en la regulación precedente.

7. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se ha pronunciado sobre estas cuestiones, interesando a nuestros efectos las resoluciones que se han referido a la adecuación de normas españolas de seguridad social a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Debemos recordar que nuestra jurisprudencia ha reconocido pacíficamente la primacía del Derecho de la Unión sobre el interno en el ámbito de las competencias cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones europeas [por todas, Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4, y SSTC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5; 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 5 c), y 37/2019, de 26 de marzo, FJ 4]. Y, aunque no integra el canon de constitucionalidad, nuestra jurisprudencia también ha reconocido valor hermenéutico, con fundamento en el art. 10.2 CE, al Derecho de la Unión: no solo a los tratados constitutivos y a sus sucesivas reformas, sino también a su Derecho derivado (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 2; 13/2017, de 30 de enero, FJ 6, y 76/2019, de 22 de mayo, FJ 3, entre otras), así como a la interpretación que de tales normas realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 61/2013, ya citada, FJ 5; 66/2015, de 13 de abril, FJ 3; 140/2016, de 21 de julio, FJ 5; 3/2018, de 22 de enero, FJ 4; 138/2018, de 17 de diciembre, FJ 2, y 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6, entre otras).

Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquieren los criterios seguidos en las sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012 (*Elbal Moreno*), 14 de abril de 2015 (*Cachaldora Fernández*), 9 de noviembre de 2017 (*Espadas Recio*) y 8 de mayo de 2019 (*Villar Láiz*), que sintetizamos a continuación.

En la sentencia de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11, *Isabel Elbal Moreno e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*, a la que este Tribunal ya se refirió en la STC 61/2013 pues había examinado las mismas

reglas, el Tribunal de Justicia abordó el método de cálculo del periodo de carencia para acceder a la pensión de jubilación para los trabajadores a tiempo parcial, con reglas de reducción, y consideró que la normativa considerada era contraria al art. 4 de aquella Directiva comunitaria por incurrirse en una discriminación indirecta por razón de sexo, al constatar que dicha medida de cálculo, aunque formalmente neutra, perjudicaba de hecho a un número mayor de mujeres que de hombres. Para el Tribunal de Justicia, «ningún documento obrante en autos permite concluir que, en estas circunstancias, la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal de toda posibilidad de obtener una pensión de jubilación constituya una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo, al que se refieren el INSS [Instituto Nacional de la Seguridad Social] y el Gobierno español, y que ninguna otra medida menos gravosa para esos mismos trabajadores permita alcanzar ese objetivo» (apartado 35). En el curso de la fundamentación de esa declaración de incompatibilidad el Tribunal de Justicia se pronunció en estos términos sobre la virtualidad del mecanismo corrector del 1,5: «Esta interpretación no queda desvirtuada por la alegación del INSS y del Gobierno español según la cual las dos medidas correctoras mencionadas en los apartados 14 y 15 [la aplicación del coeficiente multiplicador del 1,5] de la presente sentencia tienen por objeto facilitar el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. En efecto, no consta que esas dos medidas correctoras tengan el menor efecto positivo en la situación de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal» (apartado 36).

En la sentencia de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13, *Lourdes Cachaldora Fernández e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*, se examinó el método legal para la integración de los periodos sin obligación de cotizar de los trabajadores a tiempo parcial, y se concluyó que no era contrario a la Directiva 79/7/CEE, pues tal y como estaba articulado solo perjudicaba a una parte de los trabajadores a tiempo parcial y que tal perjuicio devenía «aleatorio» (apartado 40).

Posteriormente, la sentencia de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15, *María Begoña Espadas Recio y Servicio Público de Empleo Estatal*, volvió a ocuparse de un régimen legal que distinguía entre días cotizados y días trabajados, esta vez para crear una diferencia entre trabajo a tiempo parcial «vertical» («aquel que la persona que lo realiza concentra sus horas de trabajo en determinados días laborables de la semana») y trabajo a tiempo parcial «horizontal» («aquel en el que la persona que lo realiza trabaja todos los días laborables de la semana»), con perjuicio para quienes realizan la primera modalidad, pues a juicio del órgano promotor de la cuestión prejudicial, para los primeros la normativa únicamente permite tener en cuenta los días trabajados y no todo el periodo de cotización. Para el Tribunal de Justicia, «el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa» (apartado 49): pues esa normativa «no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo», pues «un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior que la de un trabajador a jornada completa que haya abonado las mismas cotizaciones» (apartados 46 y 47).

En la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, *Violeta Villar Láiz e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social*, el Tribunal de Justicia ha examinado la compatibilidad con el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del método de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores

a tiempo parcial establecido en los vigentes arts. 247 y 248 LGSS 2015, esto es, en los preceptos que con el mismo contenido han sustituido al precepto cuestionado en este proceso. El elemento controvertido del método de cálculo de la pensión de jubilación consistía, al igual que en este proceso, en que «el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización, cuando se aplica a este período un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y un incremento de un coeficiente de 1,5» (apartado 34).

El Tribunal de Justicia descartó que existiera discriminación directamente basada en el sexo, por cuanto la normativa se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, pero concluyó que sí existía discriminación indirecta basada en el sexo, incompatible con el Derecho de la Unión Europea, con arreglo al siguiente razonamiento:

a) Las disposiciones nacionales controvertidas producen en la mayoría de los casos efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo. La excepción es el número reducido de casos en los que tales disposiciones no surten efectos «gracias al efecto atenuante de la medida consistente en incrementar el número de días cotizados de los trabajadores a tiempo parcial tomados en consideración mediante la aplicación de un coeficiente de 1,5» (apartado 41).

b) Los datos estadísticos proporcionados por el órgano judicial remitente en su petición de decisión prejudicial ponen de manifiesto que, en el primer trimestre de 2017, cerca del 75 por 100 de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres. En el mismo periodo, el número de asalariados a tiempo parcial ascendía a 2.460.200 (15,47 por ciento de los asalariados), de los cuales 613.7000 eran hombres (7,37 por ciento de los hombres asalariados) y 1.846.50 mujeres (24,38 por ciento de las mujeres asalariadas) (apartado 42).

c) El grupo de trabajadores a tiempo parcial reducido constituye el 65 por 100 de los trabajadores a tiempo parcial. Para los trabajadores a tiempo parcial reducido, el porcentaje aplicable a su base reguladora es inferior al aplicable a la base reguladora de los trabajadores a tiempo completo y, en consecuencia, «sufren una desventaja como consecuencia de la aplicación de dicho porcentaje» (apartado 44).

d) Para resolver la cuestión prejudicial planteada, la comparación debe referirse al grupo de trabajadores a tiempo parcial reducido como grupo de trabajadores realmente afectados por la normativa controvertida, esto es, quienes han trabajado, de media, menos de dos tercios de la jornada ordinaria de un trabajador a tiempo completo (apartado 45).

e) Una normativa que cause la referida desventaja es contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7, salvo que esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Para ello, los medios elegidos deben responder a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, deben ser adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por esta y deben ser necesarios a tal fin (apartados 47 y 48).

f) «[L]a mera circunstancia de que las cuantías de las pensiones de jubilación se ajusten *pro rata temporis* para tener en cuenta la duración reducida de la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial en relación con la del trabajador a tiempo completo no se puede considerar, en sí misma, contraria al Derecho de la Unión» (apartado 50). Sin embargo, «una medida que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en ese caso, la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad (sentencia de 23 de octubre de 2003, *Schönheit y Becker*, C4/02 y C5/02, EU:C:2003:583, apartado 93)» (apartado 51).

g) En el presente caso existen «dos elementos que pueden reducir el importe de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial»: por un lado, la base reguladora de la pensión de jubilación, que se calcula a partir de las bases de cotización, integradas por la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas, y que tiene como resultado que dicha base reguladora sea, en el caso de un trabajador a tiempo parcial, inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable; por otro lado, «mientras que dicha base reguladora se multiplica por un porcentaje que depende del número de días cotizados, se aplica a ese mismo número de días un coeficiente de parcialidad que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial efectivamente realizado por el trabajador de que se trate y el tiempo de trabajo realizado por un trabajador a tiempo completo comparable» (apartado 52).

h) «[E]l primer elemento –esto es, el hecho de que la base reguladora de un trabajador a tiempo parcial sea inferior, en cuanto contrapartida de una prestación de trabajo de menor entidad, a la base reguladora de un trabajador a tiempo completo comparable– permite ya lograr el objetivo perseguido que consiste, en particular, en la salvaguardia del sistema de seguridad social de tipo contributivo» (apartado 54).

i) «Por lo tanto, la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*» (apartado 55).

8. Una vez expuesta la doctrina constitucional que resulta aplicable y la europea que nos sirve de criterio interpretativo, y antes de analizar el primer motivo de inconstitucionalidad, conviene que recordemos los términos en los que se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad, con el fin de subrayar los aspectos novedosos que la actual cuestión presenta respecto a las resueltas en las SSTC 253/2004 y 61/2013, seguidas y aplicadas, como se dijo, por diversas sentencias resolutorias de recursos de amparo a las que ya se hizo mención.

En las citadas SSTC 253/2004 y 61/2013, este Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de los precedentes normativos de la previsión ahora cuestionada, que, en relación con la regulación del contrato a tiempo parcial, disponían que para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de seguridad social se computarían exclusivamente las horas trabajadas, de una forma directa o con diversas reglas correctoras. En ambas resoluciones este Tribunal estimó que la determinación de los periodos de cotización cuestionada en cada caso vulneraba el art. 14 CE desde una doble perspectiva: por una parte, por resultar una medida especialmente gravosa o desmedida en el caso de trabajadores con amplios lapsos de vida laboral en situación de contrato parcial y en relación con las prestaciones que exigen periodos de cotización elevados; por otra parte, por generar una discriminación indirecta por razón de sexo. El mismo criterio se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012, en el asunto *Elbal Moreno* (C-385/11), que proscribió, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, la exigencia de «un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada». En todos esos casos el cuestionamiento de la proporcionalidad se circunscribió a la incidencia de la parcialidad en el cálculo del período de carencia como requisito de acceso a las pensiones, teniendo en cuenta la legitimidad de aplicar la proporcionalidad a la determinación de sus bases reguladoras.

En cambio, el juicio de constitucionalidad que en el presente proceso se nos demanda, si bien versa también sobre la eficacia del art. 14 CE en materia de pensiones de la seguridad social y en relación con los trabajadores a tiempo parcial, no se refiere al acceso de dichos trabajadores a las pensiones como fue el caso en las citadas SSTC 253/2004 y 61/2013, sino a la incidencia de la parcialidad sobre el porcentaje de la

pensión de jubilación que perciben en los términos previstos por la disposición legal cuestionada.

En definitiva, a diferencia de las sentencias citadas, no se trata aquí de enjuiciar la simple exclusión y completa desprotección de los trabajadores a tiempo parcial, sino la compatibilidad con el principio constitucional de igualdad y con la prohibición de discriminación por razón de sexo de que la cuantía de la pensión de la seguridad social a la que tienen derecho esos trabajadores se reduzca en proporción a la parcialidad de la jornada, y de acuerdo con las reglas correctoras que contempla la disposición legal cuestionada.

9. Como la igualdad es un concepto relacional y el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige, según nuestra doctrina, la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar (por todas, STC 125/2003, de 19 de junio, FJ 4), debemos comenzar identificando el elemento de comparación respecto al que se denuncia la diferenciación. Las situaciones que la Sala Segunda considera que deben someterse a comparación desde el punto de vista del derecho a la igualdad son la de los trabajadores a tiempo completo, por un lado, y la de los trabajadores a tiempo parcial, por otro lado.

En segundo lugar, debemos recordar que, como se ha señalado, las SSTC 253/2004 y 61/2013 diferenciaron entre las reglas que determinan la cuantía de una prestación y los criterios seguidos para el cómputo de los periodos de carencia necesarios para acceder a esa prestación. En la primera resolución citada afirmamos que «[e]n 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» (STC 253/2004, FJ 6). Y en la segunda resolución citada señalamos que «el principio de contributividad permitirá explicar que las cotizaciones ingresadas determinen la cuantía de su prestación contributiva de jubilación, pero, en cambio, no justifica que, previamente, el criterio seguido en el cómputo de los periodos de carencia necesarios para acceder a dicha prestación resulte diferente al establecido para los trabajadores a tiempo completo, sin que, como ya se ha dicho, la regla correctora introducida evite que a estos trabajadores a tiempo parcial se les exijan periodos cotizados de actividad más amplios, con los efectos gravosos y desproporcionados a que la norma cuestionada puede dar lugar» (STC 61/2013, FJ 6).

No obstante, el examen del precepto objeto de la cuestión [la disposición adicional séptima, 1, regla tercera, letra c) LGSS 1994], solo y en su aplicación conjunta con la regla segunda, letra a), párrafo segundo, de la misma disposición adicional y apartado, al que aquel se remite, revela que no se adecua al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en perjuicio de estos últimos, por las razones siguientes:

a) La cuantía de la pensión de jubilación se determina en función de dos factores (art. 120.2 LGSS 1994): la base reguladora y el periodo de cotización, el cual sirve a su vez para fijar un porcentaje sobre la base reguladora, con el que se obtiene el importe a cobrar.

La base reguladora, tal como ha sido configurada legalmente, salvaguarda el principio de proporcionalidad entre trabajadores a tiempo completo y parcial, pues de acuerdo con el tiempo efectivamente trabajado se obtiene una retribución acorde, y a su vez conforme a esa cantidad se han ido practicando las correspondientes cotizaciones al sistema de seguridad social (a cargo del empleador privado o público y, en el porcentaje asignado normativamente, también a cargo del propio trabajador), materializándose su contribución al mismo. De acuerdo con ese esfuerzo contributivo, se tiene después derecho a una base reguladora equivalente para la pensión de jubilación.

b) No ocurre así, sin embargo, con el cálculo del periodo de cotización. En los trabajadores a tiempo completo, el tiempo se computa por años y meses de cotización (arts. 161.1 y 163 LGSS 1994), sin practicar sobre ellos ningún coeficiente o fórmula reductora. A los quince años se tiene derecho a la prestación, en un porcentaje del 50 por 100 de la base reguladora [art. 161.1 b) LGSS 1994], y a partir de ahí el porcentaje según el tiempo cotizado va en aumento, hasta alcanzar el 100 por 100, que es el tope máximo.

Para los trabajadores a tiempo parcial, en cambio, la disposición adicional séptima LGSS 1994 prevé una reducción del periodo de cotización. La regla tercera, letra c) de la indicada disposición adicional séptima LGSS ordena: (i) con remisión a la regla segunda, letra a), párrafo segundo, que a los años y meses cotizados se les aplique un «coeficiente de parcialidad», por el cual se asigna un porcentaje a cada periodo de trabajo a tiempo parcial respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, y al que se suman, «en su caso, los días cotizados a tiempo completo»; (ii) el valor resultante, de nuevo conforme a la regla tercera, letra c), se incrementa con un coeficiente del 1,5, «sin que el número de días resultante pueda ser superior al periodo de alta a tiempo parcial».

Es evidente que, con este método de cálculo, el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo.

Solo si su porcentaje de parcialidad ha podido alcanzar durante su vida laboral el 67 por 100, podrá tras la aplicación de la regla reductora antedicha obtener el 100 por 100 de la base reguladora. En cualquier otro caso, coeficiente multiplicador de 1,5 incluido, no tendrá derecho al porcentaje total. Es el supuesto del procedimiento de amparo del que trae causa la presente cuestión interna de inconstitucionalidad, el demandante de amparo vio reducido su periodo de cotización real de treinta y siete años y diez meses, a treinta y tres años y cuatro meses (datos no cuestionados por las resoluciones recurridas en amparo), perdiendo un 4,94 por 100 de la base reguladora (ya ajustada por una menor base de cotización frente a la que tendría un profesor universitario a tiempo completo).

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

c) La exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2013, que introdujo la regla de cálculo cuestionada, no permite hallar una justificación objetiva y razonable de esta diferenciación. Tras dedicar varios párrafos a explicar la inserción de algunas normas en materia de seguridad social, dirigidas a paliar el vacío legal surgido por el fallo estimatorio de la STC 61/2013, de 14 de marzo, en concreto respecto de la nueva regulación del método de cálculo del periodo de carencia (acceso a la prestación) de los trabajadores a tiempo parcial, su epígrafe II se limita a indicar, en lo que aquí nos importa (periodo de cotización para la cuantía de la pensión de jubilación), lo siguiente:

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

En consecuencia, es necesario dictar una norma que mantenga la proporcionalidad tanto en el acceso al derecho a las prestaciones, pensiones y

subsidios, como a su cuantía. Por todo ello, este capítulo II tiene como finalidad cumplir los siguientes objetivos:

1. Dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional.
2. Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el Sistema Español de Seguridad Social.
3. Mantener la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo.
4. Evitar situaciones fraudulentas o irregulares, así como evitar la desincentivación de la cotización al Sistema».

Pues bien, no solo no se explica la razón de por qué se articula el cálculo del periodo de cotización para la cuantía de la pensión de modo distinto entre ambos tipos de trabajadores, sino que los pasajes reproducidos de la exposición de motivos se limitan a invocar un propósito normativo de igualdad entre ambos, que no se corresponde con lo que resulta, según se ha visto, de la aplicación de la regla tercera, letra c), en remisión con la regla segunda, letra a), párrafo segundo, de la citada disposición adicional séptima. Los «periodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial», no son tratados «de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo», pues a estos no se les aplica ningún coeficiente reductor. Los principios de contribución al sistema, proporcionalidad y equidad, ya están salvaguardados con el método de cálculo de la base reguladora (a partir de la base de cotización) y no dejan de estarlo porque el trabajador a tiempo parcial, vea reconocido todo el tiempo de cotización de sus contratos en alta.

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

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

En suma, falta el primero de los requisitos exigibles para una desigualdad de trato constitucionalmente admisible, su justificación objetiva y razonable. Además, se rompe también con la proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, añade una reducción también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje sobre la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo.

En consecuencia, procede apreciar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por vulnerar el derecho a la igualdad del inciso primero del art. 14 CE.

10. El auto de planteamiento de la presente cuestión interna de constitucionalidad plantea dudas de constitucionalidad respecto al precepto cuestionado también desde la perspectiva del inciso segundo del art. 14 CE, en la medida en que podría suponer una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por aquella disposición.

Concorre discriminación indirecta por razón de sexo cuando una disposición aparentemente neutra determina para las personas de un sexo determinado una particular desventaja respecto de las personas de otro sexo, salvo que dicha disposición pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzarla sean adecuados y necesarios [art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y art. 2.1 b) de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación].

Conforme a nuestra doctrina (SSTC 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre, y 198/1996, de 3 de diciembre, entre otras), constituye discriminación indirecta el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo. Obviamente, salvo que este tratamiento responda a una finalidad legítima y utilice medios proporcionados, adecuados y necesarios para conseguirla.

El concepto de discriminación indirecta constituye un elemento clave para procurar una igualdad efectiva, material o sustancial, entre el hombre y la mujer, superando una desigualdad histórica que puede calificarse de estructural, pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4).

a) Como pusimos de manifiesto en el fundamento jurídico 4, la aplicación de las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE obligan a «usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad» que los que se emplean en el enjuiciamiento del principio genérico de igualdad (STC 200/2001, FJ 4). Igualmente debemos recordar que la forma de abordar el análisis de la discriminación indirecta por razón de sexo pasa necesariamente por atender a los datos revelados por la estadística (SSTC 128/1987, FJ 6, y 253/2004, FJ 8).

En efecto, como sintéticamente ya se dijo más arriba, y no importa repetir, «la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que "cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato [...] y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación –en este caso las mujeres–, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE" (STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6)» (STC 253/2004, FJ 7).

b) A este respecto el auto de planteamiento señala que la consulta de estadísticas actuales en el mercado laboral indica que el porcentaje de mujeres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial es claramente superior al de los hombres. Concretamente, en el primer trimestre de 2018, los hombres representaban el 23,50 por 100 y las mujeres el 76,49 por 100. En el segundo trimestre de 2018, los hombres eran el 24,07 por 100 y las mujeres el 75,93 por 100, mientras que en el tercer trimestre de 2018 –último dato disponible cuando se promovió la cuestión interna de constitucionalidad– los hombres eran el 24,41 por 100 y las mujeres el 75,59 por 100.

Estos datos permiten confirmar, quince años después, la conclusión que ya extrajimos en la STC 253/2004, de que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga, como señalamos entonces, a «examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de periodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada

estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres (*disparate effect*) para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio».

A este respecto debemos constatar que ni el abogado del Estado ni la letrada de la administración de la Seguridad Social –sobre quienes, como ya se dijo, recae la carga de la prueba de la justificación de la diferencia de trato– han identificado en sus alegaciones qué circunstancias objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo justifican la regulación del cálculo de la pensión de los trabajadores a tiempo parcial, en el concreto aspecto aquí cuestionado. En particular no han probado que la norma que dispensa una diferencia de trato responda a una medida de política social, más allá de las consideraciones relativas al carácter contributivo de nuestro sistema de seguridad social.

La letrada de la administración de la Seguridad Social se limita a señalar que, aunque en la actualidad el trabajo a tiempo parcial pudiera afectar más a las mujeres que a los hombres, esa tendencia se estaría equilibrando, y que la situación de las mujeres respecto a las prestaciones de seguridad social no sería de peor condición, pues se ven favorecidas por diversos beneficios establecidos en la legislación de seguridad social. Ninguna de esas dos consideraciones comporta una justificación de la diferencia de trato. La primera consideración no niega, al contrario reconoce precisamente la incidencia predominante de la norma cuestionada en el cálculo de la pensión de jubilación de las trabajadoras, y la segunda apunta a eventuales efectos atenuantes de otras normas respecto a la incidencia de la norma cuestionada en las trabajadoras. Sin embargo, no se cuantifica el impacto de tales efectos atenuantes, lo que nos impide contrastarlo con la evidencia estadística proporcionada por el órgano remitente de la cuestión; y, por lo demás, desde una perspectiva cualitativa, lo cierto es que tales efectos atenuantes solo podrían proyectarse sobre una parte de las trabajadoras, las que hayan sido madres o hayan interrumpido su vida laboral para el cuidado de menores.

Debemos reiterar que el principio de contributividad que informa nuestro sistema de seguridad social justifica sin duda que el legislador establezca, como lo hace en la norma cuestionada, que las bases reguladoras de las prestaciones de seguridad social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa (SSTC 253/2004, FJ 8; y 110/2015, FJ 8; y ATC 30/2009, de 27 de enero, FJ 8).

En cambio, lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un «coeficiente de parcialidad» que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la seguridad social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos.

Nuestra conclusión sobre la lesión del art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, está en línea con la alcanzada por el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18), en la que, como se indicó en el fundamento jurídico 7, se señala que «la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*» (apartado 55).

En consecuencia, procede estimar la inconstitucionalidad planteada respecto de la norma contenida en el precepto cuestionado tanto por vulnerar el derecho de igualdad como por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo.

11. Una vez apreciado el efecto discriminatorio que resulta del precepto cuestionado, debemos identificar y expulsar del ordenamiento jurídico la parte de la norma que lo origina.

Es cierto que el efecto discriminatorio que se ha apreciado no procede realmente de los párrafos primero y segundo del precepto cuestionado –la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, LGSS 1994–, sino de la disposición a la que se remite el párrafo primero y que impone la aplicación del «coeficiente de parcialidad» a la hora de establecer el número de días cotizados, también para la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación: esto es, el efecto discriminatorio indirecto procede del párrafo segundo de la letra a) de la regla segunda («Periodos de cotización») de la misma disposición adicional séptima a la que se remite el párrafo primero de la regla segunda («Bases reguladoras»).

Ahora bien, no podemos proyectar nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad sobre el entero párrafo segundo mencionado, pues, por un lado, no ha sido cuestionado por la Sala Segunda y, por otro lado, regula la forma de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, de forma que produce efectos jurídicos con respecto a prestaciones de seguridad social distintas de la concernida en el procedimiento de origen y en la disposición objeto de la presente cuestión interna de inconstitucionalidad.

En consecuencia, para reparar la lesión arriba constatada del inciso segundo del art. 14 CE sin exceder del objeto de nuestro enjuiciamiento tal como fue precisado en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución, debemos declarar la inconstitucionalidad únicamente de la remisión que el párrafo primero de la letra c) de la regla tercera («Bases reguladoras») realiza, en relación con la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación, al párrafo segundo de la letra a) de la regla segunda («Periodos de cotización») de la misma disposición adicional séptima. Para ello basta declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «de jubilación y» que se contiene en el mencionado párrafo primero de la regla tercera, de forma que en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación no se aplique el coeficiente de parcialidad previsto en el segundo párrafo de la letra a) de la regla segunda de la disposición adicional séptima, apartado 1, LGSS 1994 y que, en consecuencia, una vez acreditado el periodo de cotización mínimo previsto en la mencionada regla segunda, se aplique la correspondiente base reguladora con su correspondiente escala general, sin reducir el periodo de alta con contrato a tiempo parcial mediante el coeficiente de parcialidad.

Eliminada la inconstitucionalidad de la forma indicada, el párrafo segundo de la regla tercera (así como su párrafo tercero, pues en el fundamento jurídico cuarto ya indicamos que quedaba fuera de nuestro enjuiciamiento) puede ser aplicado a efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación.

12. En definitiva, todo lo expuesto conduce a la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «de jubilación y» del párrafo primero de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. En la medida en que, para calcular la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, determina la aplicación del llamado coeficiente de parcialidad, de forma que, cuando el coeficiente de parcialidad es inferior al 67 por 100, al no quedar compensado por la aplicación del coeficiente del 1,5, se reduce proporcionalmente la cuantía de la pensión por debajo de la base reguladora.

Ese efecto reductor de la base reguladora para quienes tienen el tiempo mínimo de quince años que permite el acceso a la prestación constituye una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el inciso segundo del art. 14 CE, por lo que la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial a los que se aplique la disposición adicional séptima LGSS 1994 deberá realizarse sin tomar en consideración el referido coeficiente de parcialidad, es decir, sin la reducción derivada del mismo.

Procede, no obstante, modular el alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad. En tal sentido, y siguiendo la doctrina recogida, entre otras muchas, en las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 180/2000, de 29 de junio, FJ 7; 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8, y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7; no solo habrá de preservarse la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la modulación de los efectos de nuestro pronunciamiento se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, como también hemos reconocido, entre otras, en las SSTC 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 7; 207/2014, de 15 de diciembre, FJ 5; 143/2015, de 22 de junio, FJ 3, y 164/2016, de 3 de octubre, FJ 7.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar la cuestión interna de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «de jubilación y» del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 12 de esta resolución.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de julio de dos mil diecinueve.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

correo se intentó la citación personal de la demandada antes de acudir a la vía edictal, resultando imposible, tras diversos intentos efectuados a lo largo de todo el procedimiento y en la posterior ejecución, la entrega en el domicilio social de notificación alguna, al tratarse de un local inoperante, que se encontraba permanentemente cerrado y que, por consiguiente, no era apropiado para asegurar dentro del tráfico jurídico la necesaria comunicación de terceras personas con esa entidad societaria. Ante tales circunstancias, se negó la indefensión que se alegaba por concurrir una actitud negligente de la propia empresa ejecutada que impidió su emplazamiento personal.

Sin embargo, tales circunstancias valoradas en la STC 90/2003 no concurren en el presente caso, en el que ni ha habido citación personal ni concurre por parte de la demandada una falta de diligencia con relación al mantenimiento de un domicilio social que cumpla con sus cometidos. Como ponen de manifiesto las actuaciones, la empresa demandada no incumplió su obligación de mantener actualizado en el Registro su domicilio social, ni tampoco se advierte que el designado como tal estuviese inoperante, ya que se han podido notificar en él, a través de la persona del representante legal de la empresa o de alguno de sus familiares, las distintas notificaciones realizadas por el Juzgado con posterioridad a su personación en el procedimiento tras tener conocimiento de su existencia durante la ejecución, siendo la única notificación fallida, la primera realizada por correo para realizar la citación a juicio que tan precipitada e injustificadamente condujo al emplazamiento edictal sin antes procurar el emplazamiento personal. En definitiva, no cabe sostener en este caso (a diferencia de lo ocurrido en la STC 90/2003), que la indefensión padecida sea resultado de la negligencia de la parte, sino que se deriva de la falta de diligencia del órgano judicial en los actos de comunicación procesal, al no cumplir con su deber de asegurar, en la medida de lo posible, la recepción de la citación a juicio por la parte demandada.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por Unión de Productores de Bienes, S.L. y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad de las actuaciones practicadas y resoluciones dictadas en los autos 840-2002 sobre proceso ordinario por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid y en el procedimiento de ejecución núm. 69-2003 del mismo Juzgado.

3.º Retrotraer las citadas actuaciones judiciales seguidas ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid al momento inmediatamente anterior al emplazamiento de la demandada para que lo sea en legal forma.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil seis.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

20657 *Sala Primera. Sentencia 307/2006, de 23 de octubre de 2006. Recurso de amparo 806-2004. Promovido por don Francisco Pedrero Asensio respecto a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en grado de suplicación, desestimó su demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre cuantía de la pensión por incapacidad permanente.*

Vulneración del derecho a la igualdad: denegación de revisión de la cuantía de una pensión a quienes obtuvieron sentencia favorable, para adaptarse a un cambio de jurisprudencia, en virtud de la fuerza de cosa juzgada.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 806-2004, promovido por don Francisco Pedrero Asensio, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistido por la Abogada doña Ana Salas Velasco, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de enero de 2003, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la Sentencia de 17 de diciembre de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona en los autos 508-2001, en reclamación por mayor cuantía de pensión por incapacidad permanente. Ha sido parte el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 13 de febrero de 2004, la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega, actuando en nombre y representación de don Francisco Pedrero Asensio, presentó recurso de amparo constitucional contra la resolución citada en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del recurso, son, en síntesis, los siguientes:

a) El demandante de amparo fue declarado en situación de incapacidad permanente total cualificada, derivada de enfermedad común, mediante Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Barcelona de 23 de abril de 1999, a tenor de una base reguladora de 105.060 pesetas, extraída del período 10/90 a 4/98. Previamente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, tras haberle declarado en situación de invalidez provisional mediante Resolución de 8 de febrero de 1994, le había reconocido en fecha 29 de mayo de 1998 determinadas lesiones, que a juicio del citado organismo no sustentaban la declaración de incapacidad permanente total pretendida por el actor.

b) En fecha 11 de julio de 2000 el demandante solicitó que se le revisara su base reguladora, que había sido calculada computando con bases mínimas los períodos en los que el actor estuvo en situación de invalidez provisional, al considerar que la misma debía calcularse con las bases correspondientes al período anterior al inicio de la situación de invalidez provisional, conforme al criterio que había sido establecido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de febrero de 2000. La petición del demandante fue desestimada por el INSS mediante escrito de 14 de julio de 2000.

c) Por escrito de 13 de marzo de 2001 el actor reprodujo su solicitud, que fue nuevamente denegada por el INSS mediante escrito de 26 de marzo de 2001, alegando la existencia de Sentencia firme en la que se establecía la base reguladora de la pensión. Formulada reclamación previa el día 16 de mayo de 2001 ésta fue desestimada por Resolución de 31 de mayo siguiente.

d) Contra la denegación del INSS interpuso el actor demanda, que fue estimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona de 17 de diciembre de 2001. La Sentencia considera que al denegarse la revisión de la pensión exclusivamente a aquellos pensionistas cuya prestación no fue reconocida inicialmente en vía administrativa viéndose obligados a acudir a la vía judicial para hacer valer su derecho, que en esa vía les fue reconocido, se produce una diferencia de trato que no puede resultar amparable sin vulnerar el art. 24.1 CE, en tanto que penaliza a aquéllos que decidieron acudir a la vía judicial para el reconocimiento de su prestación. Con ello se produce una desigualdad entre los beneficiarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que carece de justificación razonable, sin que la alegación de cosa juzgada pueda resultar obstáculo para el reconocimiento de la base reguladora pretendida, sino que debe quedar matizado por el principio de justicia, cuando, como en el presente caso, no resultan agotadas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior imprevisto o extraño a la Sentencia, como es la nueva doctrina jurisprudencial establecida.

e) Interpuesto recurso de suplicación por el INSS, el recurso fue estimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de enero de 2003, que se remite a su anterior Sentencia de 12 de noviembre de 2002 en la que la Sala había ya analizado una pretensión idéntica a la aquí considerada, confirmando la apreciación de la existencia de cosa juzgada interesada por el INSS. En aquella Sentencia de 12 de noviembre de 2002, dictada por el Pleno de la Sala y que contó con el Voto particular de cinco Magistrados, la Sala rechazó la vulneración del derecho a la igualdad, al considerar que no existía un término adecuado de comparación, y concluyó que todo lo que no fuera reconocer y aceptar una eficacia incondicionada al instituto de la cosa juzgada representaría introducir en el tráfico jurídico dosis de inseguridad e, incluso, de arbitrariedad realmente inaceptables y que aceptar los argumentos de la recurrente lesionaría de manera irreparable el principio de seguridad jurídica, pues sería tanto como admitir que el cambio de criterio del Tribunal Supremo en cualquier punto discutido sería suficiente para poner en cuestión, a través de un nuevo proceso, la eficacia de un pronunciamiento judicial anterior dictado en sentencia que ha resuelto un supuesto idéntico y ha devenido firme.

f) Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, fue inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2003, por falta de contenido casacional y falta de contradicción. En relación con la falta de contenido casacional de la demanda, el Auto indica que la solución de la Sentencia recurrida apreciando la existencia de cosa juzgada se ajusta a la doctrina de la Sala, en virtud de la cual existe

cosa juzgada cuando, teniendo reconocida prestación de incapacidad en sentencia con su correspondiente base reguladora no impugnada, se insta de nuevo un nuevo proceso para solicitar aisladamente el incremento de dicha base.

g) Por Sentencia de 7 de febrero de 2000 el Tribunal Supremo había modificado su criterio relativo a la forma de cálculo de la base reguladora de determinadas pensiones de incapacidad permanente, en particular de aquéllas en las que el sujeto hubiera estado durante un período de tiempo en situación de invalidez provisional, durante la que no se cotiza. Si hasta esa fecha el Tribunal Supremo había mantenido el criterio de que tal período de tiempo se consideraba «ficticiamente» cotizado aplicando bases mínimas, a partir de la mencionada Sentencia entiende que tal período carente de cotización constituye un «paréntesis» y que se ha de tener en cuenta lo cotizado «realmente» por el sujeto en el período inmediatamente anterior al mismo. En el caso del demandante de amparo, la base reguladora de la pensión que se obtendría de computar el período comprendido entre mayo de 1985 hasta abril de 1999 en aplicación de la nueva doctrina establecida por el Tribunal Supremo sería de 154.694 pesetas (929,73 €).

h) Como consecuencia del cambio de criterio jurisprudencial relativo al cálculo de las bases reguladoras de las pensiones, el INSS remitió a los pensionistas de incapacidad permanente afectados por la aplicación de la nueva doctrina del Tribunal Supremo la notificación de que les correspondía una base superior, junto con el impreso al efecto, revisando aquellas pensiones que habían sido reconocidas en resolución administrativa firme, así como aquellas otras en que concurría la circunstancia de que, habiendo sido reconocida por resolución administrativa una incapacidad permanente y habiéndose impugnado judicialmente ésta en solicitud de un grado superior, la impugnación hubiera sido desestimada.

3. El demandante de amparo aduce la vulneración por la resolución recurrida de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE). El recurrente solicita al Tribunal que le ampare en su derecho a recibir un trato de igualdad por parte de la Administración (INSS) en relación con la aplicación de la excepción procesal de cosa juzgada material, en virtud de la cual se le ha denegado la revisión de su pensión por el hecho de haber sido reconocida en la vía judicial, en lugar de por un acto administrativo.

Señala el recurrente que el origen del conflicto se plantea como consecuencia de la STS de 7 de febrero de 2000, en la que se sienta la doctrina de que para proceder al cálculo de la base reguladora de pensión de incapacidad permanente, cuando durante el lapso de tiempo a computar el beneficiario hubiera estado en situación de invalidez provisional, se retrotraerá el período a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora hasta el momento en que se produjo la situación de invalidez provisional, durante la cual no existe cotización. Tras esa Sentencia, el INSS procedió a revisar todas las pensiones de incapacidad permanente afectadas por la nueva interpretación jurisprudencial, si bien denegó la revisión a aquellos pensionistas que hubieran obtenido el reconocimiento del grado de incapacidad permanente a través de sentencia, al entender que les era de aplicación el principio de cosa juzgada.

La interpretación que realiza la Sentencia recurrida en relación con la naturaleza y aplicación de la excepción procesal de cosa juzgada contradice la doctrina del Tribunal Supremo, incluso en el ámbito del Derecho civil. Así, la Sentencia de la Sala Primera de 20 de abril de 1988 afirma que si bien los ordenamientos prefieren el efecto preclusivo de la *res judicata* como mal menor y que

cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica, un elemental principio de justicia obliga a matizar ese principio y a establecer, como regla de excepción, aquella que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando, en el primer proceso, no se hubieran agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso, o haya surgido algún elemento posterior o imprevisto o extraño a la Sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso, y, en consecuencia, no existe cuando no se dé esa posibilidad y el proceso posterior, que completa el anterior, no vulnera el principio *non bis in idem*. De hecho, el INSS, al revisar resoluciones firmes y otros supuestos en los que existen sentencias firmes desestimatorias de un mayor grado de incapacidad, está reconociendo como inaplicable la excepción de cosa juzgada material, pues considera, tal y como señala el Voto particular de la STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2000, que se ha producido un hecho nuevo y distinto en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, lo que permite volver a enjuiciar el asunto sin que exista cosa juzgada, al ser posterior a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon, y aún cuando se sostiene normalmente que la jurisprudencia no es fuente del Derecho y que, por lo tanto, no innova el ordenamiento jurídico, lo cierto es que, en casos como éste en que la ley no ha cambiado desde el año 1985, la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 7 de febrero de 2000 constituye un cambio muy importante en la materia, de manera que la seguridad jurídica que constituye el fundamento de la excepción de cosa juzgada no puede ser el mantenimiento de la norma, tal y como estaba formulada literalmente, sino la aceptación de la doctrina jurisprudencial en toda su extensión.

Al no hacerlo así, la Administración introduce diferencias en relación a la interpretación y aplicación de la excepción de cosa juzgada carentes de justificación objetiva y razonable ante situaciones sustancialmente iguales, perjudicando a quienes han obtenido su derecho a la pensión a través de un pronunciamiento judicial, tanto con respecto a quienes vieron reconocida su pensión por resolución administrativa, aquietándose y no recurriendo el contenido de la misma, como frente a quienes habiendo recurrido dicha resolución vieron desestimado su recurso en vía judicial, dado que solo a quienes obtuvieron en vía judicial el reconocimiento de su derecho les deniega el INSS la revisión de su pensión. Esta situación reúne todas las notas que caracterizan la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

Junto a ello, al penalizar la Sentencia impugnada a los pensionistas que acudieron a la vía judicial para el reconocimiento de su pensión, se produce también, a juicio del recurrente, la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

4. Por providencia de 4 de abril de 2005, la Sección Segunda de este Tribunal Constitucional acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes, y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente a las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y al Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona para que en el plazo de diez días remitieran, respectivamente, testimonio del recurso de casación para unificación de doctrina núm. 1444-2003, del rollo de suplicación núm. 1683-2002 y de los autos núm. 508-2001, interesándose al propio tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, que aparecía ya personado, para que el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 12 de mayo de 2005, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, solicitó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Primera de este Tribunal de 3 de junio de 2005 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y el Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona, así como el escrito del Letrado de la Administración de la Seguridad Social, a quien se tuvo por personado y parte en el procedimiento en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, acordándose, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, en la Secretaría de la Sala, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 30 de junio de 2005, interesando el otorgamiento del amparo.

Tras descartar que la Sentencia recurrida haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al tratarse de una respuesta motivada y fundada en Derecho, el Ministerio Fiscal centra su análisis en la posible vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), derivándose aquélla no de la concreta interpretación del art. 222 LEC efectuada por el órgano judicial, sino de la decisión judicial de considerarla aplicable al caso. Y es que no se trata de descubrir el sentido último de la norma y comprobar si su contenido es o no discriminatorio, sino que lo que se dilucida es si la justificación que ofrece el INSS, oponiendo al actor la vigencia del precepto en cuestión como causa de la negativa a revisar su pensión, constituye razón suficiente como para que la Sala estime ajustada a Derecho dicha decisión del órgano administrativo. O, dicho de otra forma, si el derecho fundamental a la igualdad permite que ante idénticos supuestos de hecho referidos al devengo de pensiones por incapacidad permanente pueda establecerse un diferente trato a los beneficiarios, en razón de que éstos hayan acudido o no previamente a la vía judicial.

En definitiva, a juicio del Ministerio Fiscal, la cuestión que aquí se dilucida no guarda relación alguna con la pretendida eficacia de la cosa juzgada material, pues no se trata del ejercicio sucesivo de la misma acción ante los órganos judiciales, dado que en el procedimiento seguido ante el Juzgado núm. 9 lo que se ventilaba era la determinación del grado de incapacidad y, como pronunciamiento anejo, la cuantía de la base reguladora que a tal grado correspondiere, mientras que en el procedimiento del que este amparo trae causa lo que se discute es la revisión de la cuantía de una base reguladora a la vista del cambio jurisprudencial operado.

Pues bien, desde la perspectiva mencionada y tras analizar la jurisprudencia de este Tribunal referida al derecho de igualdad en la ley, concluye el Fiscal afirmando la realidad en el presente caso de una lesión del derecho a la igualdad, por razón de la obtención de un resultado notablemente desproporcionado entre las dos situaciones jurídicas comparadas que, a su vez, tiene su causa en una distinción artificiosa establecida entre aquéllas. Dicha artificiosidad se manifiesta en una justificación del órgano administrativo que carece de la más elemental solidez, como es el afirmar su inexcusable sujeción al contenido de la sentencia que declaró una determinada base reguladora, planteamiento que encubre un argumento de marcado carácter sofista, pues pretende sostener que el derecho subjetivo del INSS a reconocer –y liquidar– una pensión en cuantía superior a la

determinada judicialmente, constituiría un derecho indisponible, y que el Juzgado habría establecido, en definitiva, una cuantificación máxima que el órgano gestor no podría nunca rebasar. Pero, sin embargo, el Juzgado núm. 9 no estableció un límite máximo imposible de rebasar, sino que estimó íntegramente la demanda del actor en lo referido al concreto objeto que en el procedimiento se dilucidaba, que era la declaración de un determinado grado de incapacidad permanente (parcial para el INSS y total para el actor), vinculando a tal grado la correspondiente determinación de la base reguladora, lo cual no puede constituir un óbice a una posterior revisión en el cómputo por parte del INSS, referida a todos aquellos beneficiarios que tras una incapacidad permanente parcial hubieran obtenido posteriormente la declaración de una incapacidad permanente total.

En conclusión, considera el Fiscal ante el Tribunal Constitucional que la resolución recurrida ha vulnerado el art. 14 CE, toda vez que la diferencia de trato entre quienes nunca acudieron a la vía judicial, o bien acudieron a ella viendo desestimadas sus pretensiones, y quienes obtuvieron una Sentencia estimatoria resultaría absolutamente desproporcionada y carente de justificación razonable, por tratarse de colectivos integrados por beneficiarios de la Seguridad Social en idéntica situación, difiriendo únicamente en su decisión de combatir o no judicialmente la inicial declaración efectuada por el órgano gestor.

8. Mediante escrito registrado el día 7 de julio de 2005, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó sus alegaciones, interesando la denegación del amparo solicitado.

Recuerda el Letrado en su escrito que, conforme a lo dispuesto en el art. 1252 CC y en el art. 222 LEC, la cosa juzgada de Sentencias firmes, tanto estimatorias como desestimatorias, excluye un ulterior proceso sobre las mismas cuestiones planteadas en su día. Existe, por lo demás, al respecto, una consolidada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, seguida posteriormente por los Tribunales Superiores de Justicia y de la que se hace eco el propio Auto de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina dictado en el presente procedimiento que establece que existe cosa juzgada cuando, teniendo reconocida prestación de incapacidad en sentencia con su correspondiente base reguladora no impugnada, se insta después un nuevo proceso para solicitar aisladamente el incremento de dicha base.

En todo caso, la cuestión debatida en el presente supuesto se refiere a un aspecto de legalidad ordinaria, al plantearse sobre el alcance e interpretación que ha de darse al citado precepto, en aplicación de la excepción de cosa juzgada. No hay, en particular, vulneración del art. 14 CE, ya que se parte de supuestos diferentes: en un caso estamos ante pensionistas que han visto reconocida la modificación de la base reguladora de la prestación en función de la aplicación de un nuevo criterio establecido en unificación de doctrina por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo; en el otro, ante perceptores de la pensión de incapacidad permanente que han visto fijada la base reguladora de la incapacidad permanente mediante una sentencia dictada por un órgano judicial en el procedimiento correspondiente. Y tampoco del art. 24 CE, por lo que la demanda debe desestimarse en su integridad. Y ello ya que, si se aceptara la tesis del demandante de amparo, se lesionaría de manera irreparable el principio de seguridad jurídica, pues sería tanto como admitir que cualquier cambio de criterio en la doctrina del Tribunal Supremo, elaborada en unificación de doctrina, sería suficiente para poner en cuestión, a través de un nuevo proceso, una resolución judicial firme.

Tampoco resultan aceptables las alegaciones del demandante de amparo en el sentido de que la actuación del INSS constituye un abuso de derecho, discriminando a determinados pensionistas frente a otros en función de

la existencia o no de una resolución judicial firme sobre el asunto planteado. Lo cierto es que la entidad gestora no puede modificar «*motu proprio*» las Sentencias judiciales firmes que obligan a la Administración a su estricto cumplimiento. Si se permitiera tal posibilidad, ello daría lugar a una vulneración del principio de legalidad y de seguridad jurídica, así como del mandato constitucional de sumisión a la Ley y del obligado cumplimiento de las resoluciones dictadas por el poder judicial. La actuación del INSS en el caso considerado se ha ajustado así tanto a la legalidad como a la interpretación jurisprudencial emanada de los Tribunales de Justicia, cumplimentando de forma estricta los fallos dictados por los mismos.

Concluye su escrito el Letrado de la Administración de la Seguridad Social señalando que, en el supuesto de que se estimara el recurso, los efectos de la Sentencia no podrían alcanzar la pretendida declaración de firmeza de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, sino que deberían limitarse a anular las resoluciones de suplicación y casación a fin de que por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia se volviera a resolver sobre el fondo del asunto, ya que con ello se permitiría que las partes disconformes con aquella resolución pudieran presentar los recursos pertinentes, en aplicación del art. 24 CE.

9. Por escrito registrado en este Tribunal el día 11 de julio de 2005, la representación procesal del demandante de amparo reiteró los argumentos contenidos en la demanda, a cuya exposición de los mismos se remitió íntegramente.

10. Por providencia de fecha 21 de septiembre de 2006 se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 25 siguiente, en que comenzó habiendo finalizado en el día de hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión controvertida en la presente demanda de amparo se centra en determinar si la negativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a revisar la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente reconocida al demandante de amparo conforme a la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 2000 relativa a la forma de cómputo de los períodos de invalidez provisional, ha vulnerado su derecho a la igualdad (art. 14 CE) en relación con aquellos otros pensionistas que sí vieron revisada la citada base reguladora por el indicado motivo, y si la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de enero de 2003, que declaró ajustada a Derecho la actuación del INSS y absolvió al citado organismo de la demanda que en tal sentido había sido formulada por el recurrente, revocando la resolución en sentido contrario dictada por el Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona en fecha 17 de diciembre de 2001, ha vulnerado este mismo derecho a la igualdad (art. 14 CE), así como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El problema planteado tiene su origen en la petición del demandante de amparo de que se revisara la base reguladora de su pensión de incapacidad permanente total cualificada, que le había sido reconocida por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Barcelona de fecha 23 de abril de 1999, en la que se estableció una base reguladora de 105.060 pesetas (631,42 €). Dicha base reguladora había sido calculada computando como bases mínimas los períodos en los que el demandante estuvo en situación de invalidez provisional, incluidos en el período de cómputo. Al establecerse por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de febrero de 2000 un nuevo criterio más favorable para el cómputo de la base reguladora en los indicados supuestos de invalidez provisional previa, consistente en no computar y establecer un «*paréntesis*» en tal período carente de cotización,

incluyendo por el contrario en el cómputo lo cotizado «realmente» por el sujeto en el periodo inmediatamente anterior al mismo, el demandante solicitó que se le revisara la base reguladora de la pensión, como había hecho de oficio el propio INSS en relación con los pensionistas que habían visto reconocida su pensión por resolución administrativa, solicitud que fue denegada por el INSS tanto en este caso como en los restantes en que la base reguladora de la pensión que se pretendía revisar había quedado establecida en sentencia firme, aduciendo la excepción de cosa juzgada.

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional solicita el otorgamiento del amparo por vulneración del art. 14 CE, por entender que la diferencia de trato entre quienes nunca acudieron a la vía judicial, o bien acudieron a ella viendo desestimadas sus pretensiones, y quienes obtuvieron una sentencia estimatoria resultaría absolutamente desproporcionada y carente de justificación razonable, por tratarse de colectivos integrados por beneficiarios de la Seguridad Social en idéntica situación, difiriendo únicamente en su decisión de combatir o no judicialmente la inicial declaración efectuada por la entidad gestora.

Por el contrario, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social solicita la denegación del amparo, al considerar que la cuestión debatida se refiere a un aspecto de legalidad ordinaria, toda vez que se plantea sobre el alcance e interpretación que ha de darse a la regulación legal de la excepción de cosa juzgada. No existe, en particular, vulneración del art. 14 CE, ya que se parte de supuestos diferentes –en un caso estamos ante pensionistas que han visto reconocida la modificación de la base reguladora de la prestación en función de la aplicación de un nuevo criterio establecido en unificación de doctrina por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, mientras que, en el otro, se trata de perceptores de la pensión de incapacidad permanente que han visto fijada la base reguladora de la incapacidad permanente mediante una sentencia dictada por un órgano judicial en el procedimiento correspondiente–, y tampoco del art. 24 CE, por lo que la demanda debe desestimarse en su integridad.

2. Para ordenar adecuadamente el análisis de las quejas formuladas en la demanda de amparo resulta preciso partir de una consideración inicial. Aun cuando la demanda centra básicamente su queja en la decisión judicial que anuló la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que había estimado la demanda interpuesta contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y reconocido el derecho del demandante a la revisión de la base reguladora de su pensión de incapacidad, es lo cierto que es la denegación por dicho Instituto de la petición de revisión lo que constituye el objeto último tanto del proceso *a quo* como de la presente demanda de amparo, imputándose por el demandante a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia la vulneración del art. 14 CE, por no haber reparado la desigualdad en que habría incurrido el INSS al denegar la revisión solicitada. Junto a ello, se imputan también en la demanda de amparo a la Sentencia de suplicación determinadas vulneraciones específicas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En consecuencia, nos encontramos ante uno de los que hemos dado en llamar «recursos de amparo mixtos», por cuanto en él se denuncian tanto lesiones procesales imputables a los órganos judiciales que conocieron de la vía judicial previa como una lesión de un derecho sustantivo imputable a la autoridad administrativa. En la medida en que el objeto central del proceso judicial previo ha sido determinar si existía vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE, agotada la vía judicial previa este Tribunal podría por sí mismo reparar la lesión denunciada en el caso de que se hubiera producido. La eventual existencia de las lesiones del art. 24 CE denunciadas e imputadas a la Sentencia de

suplicación, y su apreciación por este Tribunal, sólo tendría un efecto retardatario para la efectiva tutela del derecho a la igualdad ante la ley. Por tanto, y dado que las lesiones procesales denunciadas en este caso, aunque existieran, no impedirían el juicio de este Tribunal respecto de la lesión principal que, como se ha señalado, sería inicialmente imputable a la autoridad administrativa, procede entrar de lleno en dicho juicio, sin necesidad de pronunciarse sobre éstas, al no haberse sometido a los órganos judiciales otras cuestiones ajenas a la referida específicamente al derecho fundamental (SSTC 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; y 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 1, *in fine*).

3. Al formular su queja relativa a la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), que constituye la invocación central de la demanda de amparo, argumenta el demandante que la decisión del INSS de no revisar la base reguladora de su pensión de incapacidad conforme a la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 2000, relativa a la forma de cómputo de los periodos de invalidez provisional, por el hecho de haber sido fijada la misma en sentencia judicial firme, supone introducir diferencias en relación a la interpretación y aplicación de la excepción de cosa juzgada, carentes de justificación objetiva y razonable ante situaciones sustancialmente iguales, perjudicando a quienes han obtenido su derecho a la pensión a través de un pronunciamiento judicial, tanto con respecto a quienes vieron reconocida su pensión por resolución administrativa, aquietándose y no recurriendo el contenido de la misma, como frente a quienes habiendo recurrido dicha resolución vieron desestimado su recurso en vía judicial, dado que solo a quienes obtuvieron en vía judicial el reconocimiento de su derecho les deniega el INSS la revisión de su pensión. Esta situación reúne, a su juicio, todas las notas que caracterizan la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), en la que habría incurrido igualmente, de manera mediata, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al no reparar la vulneración cometida por el organismo administrativo.

En relación con ello, lo primero que debemos señalar es que no es obstáculo para que haya de analizarse una eventual vulneración del derecho a la igualdad ante la ley el hecho de que en el proceso *a quo* se haya debatido sobre la aplicación o no al caso considerado de la excepción de cosa juzgada, lo que, según hemos señalado en numerosas ocasiones, constituye una cuestión que, en principio, no traspasa los límites de la legalidad ordinaria. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal Constitucional, de un lado, la función jurisdiccional que con carácter exclusivo confiere el art. 117.3 CE a los órganos judiciales no impide que en esta sede constitucional pueda ser revisada la interpretación judicial de las Leyes cuando de ella puedan resultar afectados derechos fundamentales y libertades públicas, pues en tal caso la interpretación y aplicación de la norma adquiere relevancia constitucional (SSTC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 103/1990, de 4 de junio, FJ 2; y 39/1992, de 30 de marzo, FJ 5) y, de otro, el principio de igualdad puede resultar vulnerado cuando los Jueces y Tribunales apliquen las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca o no corrija un trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables y además la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admisible en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que, en otro caso, se produciría (STC 39/1992, de 30 de marzo, FJ 5).

Las precedentes consideraciones, como es obvio, deben ser entendidas en el sentido de que no compete a este Tribunal Constitucional interpretar los preceptos legales en juego en el presente supuesto, ni, más concretamente, pronunciarse sobre los requisitos reclamados

jurisprudencialmente para la aplicación del art. 222 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), sino únicamente decidir si la denegación administrativa de la solicitada revisión de la pensión reconocida, confirmada por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de enero de 2003, resulta contraria al art. 14 CE.

4. En este sentido parece pertinente recordar que, según reiterada doctrina constitucional, el art. 14 CE, que dispone que «los españoles son iguales ante la ley», establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas, así como que la igualdad a la que se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material, lo que significa que a los supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2). Como ha afirmado reiteradamente este Tribunal, el juicio de igualdad constituye un juicio de carácter relacional que 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).

Así pues «el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 6, y 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5, entre otras). Por ello 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).

Consiguientemente puede decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un *tertium comparationis*, que opera como elemento definitorio de la clase, y que son desiguales cuando tal circunstancia no se produce (STC 125/2003, de 19 de junio, FJ 4).

5. La aplicación de la doctrina descrita al caso analizado conduce necesariamente al otorgamiento del amparo, al haber visto el demandante de amparo vulnerado su derecho a la igualdad.

En efecto, debemos partir de la consideración de que el demandante ha ofrecido en este proceso constitucional un término adecuado de comparación en el que fundar el juicio de igualdad. Plantea el demandante a tal fin la situación de los pensionistas de invalidez en su misma posición de origen, que llegaron a dicha situación tras un período de invalidez provisional, computado por bases mínimas de cotización, y que vieron posteriormente revisada la base reguladora de su pensión al aplicarse por el INSS una nueva doctrina jurisprudencial establecida por

la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para el cómputo de las bases de cotización durante el período de invalidez provisional. Tal término de comparación resulta evidentemente idóneo, toda vez que el recurrente se encuentra en esa misma situación, como pensionista de invalidez permanente cuya pensión fue en su día reconocida computando por bases mínimas los períodos en que estuvo en situación de invalidez provisional. Sin embargo, y a diferencia del colectivo con el que se compara, al demandante se le denegó por el INSS la revisión resultante de la aplicación de la nueva doctrina jurisprudencial. De ello resulta una diferencia sustancial en el importe de la pensión reconocida, cuya base reguladora de 105.060 pesetas (631,42 €) se habría incrementado, de acuerdo con lo recogido en los hechos probados de la Sentencia de 17 de diciembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona, hasta una cuantía de 154.694 pesetas (929,73 €), de haber sido revisada conforme a los mismos criterios aplicados al colectivo objeto de comparación.

Establecido un término adecuado de comparación resta únicamente por analizar si la diferencia de trato considerada posee una justificación objetiva y razonable, toda vez que, como este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones, lo que prohíbe el principio de igualdad no es cualquier diferencia de trato, sino aquella desigualdad que resulte artificiosa o injustificada por no venir fundada en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados (por todas, STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 2).

La razón determinante de la denegación de la revisión en el caso considerado ha sido la existencia de sentencia firme en la que se establecía la base reguladora de la pensión. En efecto, el demandante de amparo había obtenido mediante Sentencia el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total cualificada, derivada de enfermedad común, que le había sido denegada en vía administrativa, estableciéndose en dicha Sentencia la base reguladora de la pensión reconocida, razón por la cual el INSS aprecia la existencia de cosa juzgada material, cuyo efecto negativo excluye la posibilidad de un nuevo proceso sobre la misma controversia ya resuelta mediante Sentencia firme.

Pues bien, en el presente caso no se aprecia la existencia de una justificación objetiva y razonable, resultando por el contrario arbitraria la razón opuesta por el INSS para denegar la revisión de la pensión. En efecto, el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho. Lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y frente a ello no puede oponer el INSS que la base reguladora de determinadas pensiones hubiera sido declarada en sentencia judicial firme, de la misma manera que no ha opuesto en el caso de las restantes el que su base reguladora hubiera quedado establecida por una resolución administrativa, pese a ser la misma igualmente firme al haber sido consentida y no recurrida o, incluso, al haber sido recurrida y desestimado el recurso en sede jurisdiccional. Porque lo que se discute no es si el INSS tenía o no la obligación de revisar el conjunto de las pensiones de invalidez permanente reconocidas mediante la aplicación de un nuevo criterio de cálculo derivado de un cambio jurisprudencial, ni los límites que respecto de tal eventual obligación pudieran derivarse del efecto de cosa juzgada, sino la cuestión más precisa y relevante desde la perspectiva constitucional de si, habiendo decidido el INSS revisar tales pensiones, puede excluir de la revisión únicamente a aquellos pensionistas que obtuvieron su pensión como consecuencia de una resolución judicial. Y la respuesta ha de ser negativa, al ocasionarse con tal exclusión una desigualdad en el tratamiento de ciudadanos en

idéntica situación que carece de justificación objetiva y razonable y que es, por ello, contraria al derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE.

6. En consecuencia, debemos concluir apreciando la existencia de la denunciada vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) en la decisión administrativa cuestionada, vulneración en la que, de manera indirecta, ha incurrido también, al no haberla corregido, la resolución judicial que la ha confirmado, sin que resulte necesario entrar a analizar las quejas referidas al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Procedente será, por ello, el otorgamiento del amparo y el reconocimiento del derecho constitucional a la igualdad del demandante de amparo, para cuya efectividad bastará con anular la Sentencia de 8 de enero de 2003 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dejando firme la de 17 de diciembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona que aquélla anuló, y que había estimado la demanda del recurrente y reconocido su derecho a la revisión de la base reguladora de su pensión.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Francisco Pedrero Asensio y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE).

2.º Anular la Sentencia de 8 de enero de 2003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación 1683-2002, declarando la firmeza de la de 17 de diciembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de octubre de dos mil seis.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

20658 *Sala Segunda. Sentencia 308/2006, de 23 de octubre de 2006. Recurso de amparo 2025-2004. Promovido por García Quintana, S.L., respecto a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo que desestimaron su demanda contra la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social sobre liquidación por diferencias de cotización de las horas extraordinarias.*

Vulneración parcial del derecho a la tutela judicial efectiva: garantías constitucionales del procedimiento administrativo; sentencia sobre la caducidad del procedimiento sancionador motivada pero no fundada en Derecho, al aplicar una ley derogada y desoír doctrina legal.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera,

don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2025-2004, promovido por García Quintana, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Nuria Munar Serrano y asistida por la Letrada doña María Begoña Bárcena Sánchez, contra la Resolución de la Dirección Territorial de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Asturias de 3 de abril de 2002, relativa a actas de liquidación por diferencias de cotización y de infracción, así como contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo, que desestimó el recurso interpuesto contra aquélla (procedimiento ordinario núm. 142-2002), y contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 25 de febrero de 2004, que inadmitió el recurso de apelación núm. 21-2003, promovido contra la anterior. Ha sido parte el Abogado del Estado y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 26 de marzo de 2004, la Procuradora de los Tribunales doña Nuria Munar Serrano, en representación de la recurrente, formuló demanda de amparo, impugnando las resoluciones mencionadas en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Asturias incoó a la demandante de amparo, con fecha 18 de junio de 2001, las actas de liquidación de cuotas del régimen general de la Seguridad Social y de primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, fondo de garantía salarial, formación profesional y desempleo núms. 453 a 457-2001, por diferencias de cotización de las horas extraordinarias del personal de la empresa, por un importe total de 3.189.869 pesetas (19.171,50 euros), así como el acta de infracción núm. 828-2001, con propuesta de la imposición de una sanción de 500.000 pesetas (3.005,06 euros). Las actas fueron notificadas a la recurrente, que formuló los correspondientes escritos impugnándolas, en los que, por medio de otrosí, interesó que, a efectos de prueba, se tuvieran por incorporadas al expediente las declaraciones responsables de los trabajadores de la empresa.

b) El Jefe de la unidad especializada en el área de la Seguridad Social de la Inspección de Trabajo dictó Resolución el 20 de noviembre de 2001 confirmando y elevando a definitivas las actas contenidas en el expediente. Tras presentar la actora escrito de alegaciones dentro del plazo de diez días concedido para cumplimentar el trámite de vista y audiencia, se dictó nueva Resolución con fecha 11 de diciembre de 2001 acordando anular la anterior, con conservación de los trámites realizados hasta dicha fecha y retroacción de las actuaciones al momento de su dictado, así como elevar a definitivas las liquidaciones contenidas en las actas de liquidación y confirmar en todos sus términos el acta de infracción. La resolución fue notificada a la recurrente el día 20 del mismo mes y año.

c) Frente a la anterior resolución interpuso la actora recurso de alzada, en el que interesó la práctica de deter-

Roj: **STS 2491/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:2491**Id Cendoj: **28079140012010100306**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/03/2010**Nº de Recurso: **1130/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AND 1452/2009,**
STS 2491/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Marzo de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en fecha 18-febrero-2009 (rollo 2633/2008), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por la referida Entidad Gestora contra la sentencia de fecha 14-julio-2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Granada (autos 591/2007), en procedimiento seguido a instancia de Doña Araceli , en su condición de hija del pensionista fallecido Don Iván , contra el referido organismo público sobre INCAPACIDAD.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido Doña Araceli , representada por el Graduado Social Don Julián Mesa Entrena.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El día 18 de febrero de 2009 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 2633/2008 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Granada en los autos nº 591/2007 , seguidos a instancia de Doña Araceli , en su condición de hija del pensionista fallecido Don Iván , frente al INSS, sobre incapacidad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, es del tenor literal siguiente: "*Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. siete de Granada, en fecha 14 de julio de 2008 , en autos número 591-07, seguidos a instancia de Doña Araceli , en nombre de su fallecido padre Don Iván , sobre Seguridad Social, contra el referido organismo público, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida en todos sus fundamentos* ".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 14 de julio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Granada , contenía los siguientes hechos probados: "*Primero.- El demandante, D. Iván , nacido el día 16-04-1930, con DNI NUM000 , y nº afiliación a la SS NUM001 , previo dictamen del EVI de fecha 21-09-1989 (folio 131), le fue reconocido por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 1-10-1989 (folio 75), pensión por incapacidad permanente Absoluta por enfermedad común, con cargo a la Seguridad Social española, sobre una base reguladora de 23'78 € al mes, con aplicación de los Reglamentos Comunitarios 1480/71 y 574/72 de la CEE, con prorrateo temporis a cargo de España del 27'29 %. Y cuyas bases de cotización, a efectos del cálculo*

de la indicada base reguladora por obrar al folio 71, se da por reproducida. Dicha pensión de incapacidad fue reconvertida en jubilación, a partir del 1-08-1988. Segundo.- De conformidad con la certificación de la carrera del seguro en España (folios 27 a 29), al hoy actor le aparece cotizados en el REA cuenta ajena, del 1-03-1956 al 31-07-1971 (4020 días cotizados - 1170 días superpuestos con cotizaciones en Alemania = 2850 días), ascendiendo a un total de 8 años y 40 días. E igualmente, según se desprende del certificado de la carrera del seguro en Alemania (folio 67; 48 a 50) el total del periodo cotizado es de 7.590 días (253 meses), comprensivo del periodo 16-03-1962 a 15-11-1987. Dicho demandante, dejó de trabajar el 16-08-1987, el que venia percibiendo con fecha de efectos 1-02-1988, pensión de incapacidad, la que con fecha 1-05-1995 (65 años de edad), le fue transformada en una pensión de vejez, por Alemania, por importe de 1.016,46 DM mensual (folio 80 y 72). Tercero.- El demandante, por escrito de fecha 9-04-2007, solicito pensión de vejez SOVI, la 'que tras ser desestimada por resolución del INSS de fecha 25-04-2007, la controversia dio lugar a Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3, de los de Granada, de fecha 28-04-2008, Autos 605/07, estimatoria parcial de la pretensión, reconociendo el derecho a la pensión de jubilación parcial SOVI, si bien, con fecha de efectos desde la solicitud, al no tratarse de una revisión de pensión ya reconocida (folios 153 a 155). Cuarto.- El actor, con fecha registro 9-04-2007, solicito la revisión de la indicada pensión (folio 192), conforme al cálculo de la base reguladora que procediera por aplicación del Reglamento Comunitario 1408/71, y en su caso, de resultar más favorable la que le correspondiese en aplicación del Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social con Alemania, con abono de las diferencias económicas desde el 24-03-1990, fecha de la resolución que le reconoció la pensión de incapacidad permanente. Lo que fue denegado por Resolución del INSS de fecha registro 25-04-2007 (folio 20). Formulando Reclamación Previa con fecha registro 1-06-2007 (folio 21 a 24), siendo desestimado por Resolución de fecha 14-06-2007 (folio 27). Formuló demanda con fecha registro 31-08-2007, la que tras ser turnada a este Juzgado de lo Social nº 7, Granada, fue admitida a trámite por Auto de fecha 6-09-2007. Quinto.- El demandante, en estado de viudedad, falleció el 6-11-2007, personándose su heredera D^a Araceli DNI NUM002, siendo nombrada heredera abintestato a los efectos legales, junto con D^a Manuela, D^a Noemi, D. Marcos y D. Norberto, por acta de notoriedad, con el nº de protocolo 352, de fecha 28-01-2008, ante el Notario D. Luis Serrano Lorca (Folios 141 a 146; 133, 139 Y 140). Sexto.- La base reguladora de la pensión del actor es de 417'89 € mes, al computar la media aritmética entre las bases máximas y las bases mínimas vigentes para el grupo 10 de cotización, sobre el periodo de febrero 1980 a enero de 1988 (folio 192) ".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que desestimando la excepción de prescripción y estimando parcialmente la demanda formulada por D. Araceli, en nombre de su difunto padre D. Iván, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social a que abone al actor la pensión de jubilación, conforme a la base reguladora de 417,89 € al mes, con las mejoras, revalorizaciones y mínimos correspondientes, y al abono de las diferencias resultantes desde tres meses antes a la fecha de solicitud de revisión de la pensión, así como a estar y pasar por la presente resolución " .

TERCERO.- Por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 17-noviembre-2005 (recurso 3661/2004).- SEGUNDO.- Alega infracción, por interpretación errónea, del art. 43 y 143.4 de la Ley General de la Seguridad Social (este último en la redacción dada por la Ley 24/97, de 15 de julio), Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 de junio .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2009 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, habiendo sido impugnado por el Graduado Social Don Julián Mesa Entrena, en representación de Doña Araceli .

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 27 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

SEXTO.- Por Providencia de 27 de enero de 2010 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se fijó un nuevo señalamiento para el día 24 de marzo en Sala General en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar, en interpretación del art. 43.1 LGSS, si el plazo de prescripción de cinco años aplicable, como regla general, al ejercicio de la acción tendente al reconocimiento inicial de las prestaciones económicas de Seguridad Social, se aplica también al ejercicio de la acción de revisión del contenido económico de las



prestaciones de tal naturaleza ya reconocidas con la derivada reclamación de las diferencias económicas, – las que, en este caso, se pretenden con fundamento en la existencia de una base reguladora (BR) superior a aquélla que fue fijada en el reconocimiento inicial –, y, en concreto, se discute si el transcurso del referido plazo quinquenal impide igualmente el ejercicio del derecho a la revisión del contenido económico de la prestación vitalicia de incapacidad permanente absoluta (transformada luego en jubilación contributiva) largo tiempo anterior ya reconocida pero en cuantía inferior a la ahora pretendida.

2.- La sentencia recurrida, – dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Granada, en fecha 18-febrero-2009 (rollo 2633/2008), confirmatoria de la sentencia de instancia, dictada por el JS/Granada nº 7 en fecha 14-julio-2008 (autos 591/2007) –, al confirmar la de instancia y desestimar el recurso de suplicación formulado por la Entidad Gestora, ha reconocido parcialmente la pretensión de la parte demandante, posibilitando el ejercicio de la acción de revisión aun transcurridos más de cinco años desde la fecha de su reconocimiento inicial, si bien limitando el percibo de los atrasos a los devengados en los tres meses anteriores a la fecha de solicitud de la revisión de la BR (formulada el día 9-abril-2007) de la pensión convertida en jubilación con efectos iniciales desde el día 1-octubre-1989, y no aceptando la excepción de prescripción formulada por el INSS respecto al plazo de ejercicio de la acción de revisión que pretendía fundar en que la solicitud de revisión se había presentado transcurridos más de cinco años desde la fecha del reconocimiento de la prestación inicial. La sentencia impugnada distingue entre los plazos para el reconocimiento inicial de la prestación y para el ejercicio del derecho al reconocimiento del incremento ulterior, argumentando con referencia a la doctrina sentencia por esta Sala de lo Social en su STS/IV 31-enero-2007 (rcud 2633/2005), transcribiendo de la misma que " *la regla de imprescriptibilidad del art. 164 LGSS rige para el reconocimiento inicial de la pensión de jubilación, pero cuando se ha reconocido la procedencia del derecho a la prestación, sus efectos iniciales ya han quedado fijados, de suerte que si después se pretende y se logra un incremento de la cuantía, los efectos de tal incremento deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento inicial del derecho, con el límite indicado de los cinco años (STS 26-12-2005, citada)* " y que " *esta doctrina, que limita la imprescriptibilidad al reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, sin extenderla al derecho a diferencias por cálculo inexacto de su importe, ha sido acogida también en sentencias de 26 de marzo de 2001 (rec. 4196/00) y 24 de julio de 2003 (rec. 4607/02) ... con cita de otras anteriores (STS 26-12-2005, citada)* " .

3.- El INSS ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina y aporta como sentencia referencial la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 17-noviembre-2005 (rcud 3661/2004). La controversia en esta resolución se refería a un supuesto en que la sentencia recurrida reconocía parcialmente la pretensión actora, si bien limitaba el derecho al percibo de los atrasos a los de los cinco años contados con anterioridad al 6-agosto-2002, fecha en que formuló su reclamación de revisión en vía administrativa, es decir, hasta el día el 6-agosto-1997, razonando que antes de esa fecha ya pudo haber reclamado el reconocimiento de una pensión por cuantía superior a la que percibía, lo que no hizo; la prestación inicial a cargo del Régimen General derivaba de una situación de incapacidad permanente absoluta (IPA) reconocida el 12-febrero-1985 y que en el año 1994 se transforma en pensión de jubilación derivada de IPA, igualmente del Régimen General de Seguridad Social. La citada sentencia de contraste destaca que " *la sentencia recurrida declara que el derecho a la prestación solicitada no prescribe, conforme al art. 43.1 de la LGSS, sin perjuicio de que los efectos económicos del reconocimiento de la superior cuantía de la prestación sólo se retrotraigan a los cinco años anteriores* " y que, en cambio, la doctrina jurídicamente correcta, que es la aplicada en la sentencia de casación unificadora referida, consiste en interpretar de otra manera el referido art. 43.1 LGSS y concluye que " *la prescripción quinquenal se refiere también a la determinación de la cuantía, de modo, consecuentemente, que afirma que la reclamación por el trabajador de una mayor BR de la prestación reconocida planteada después de transcurridos cinco años ha rebasado el plazo de prescripción, y ello impide el ejercicio del derecho pretendido* " .

4.- En cuanto a requisito o presupuesto de contradicción exigible para viabilizar el recurso de casación unificadora (art. 217 Ley de Procedimiento Laboral -LPL), resulta que los hechos enjuiciados en la sentencia recurrida y en la de contraste son sustancialmente iguales, así como en cuanto al tema debatido, porque en ambos supuestos se solicita la revisión de la BR de una pensión de incapacidad permanente transformada en jubilación una vez transcurrido el plazo de cinco años desde el reconocimiento inicial, llegando una y otra resolución a soluciones diferentes en cuanto a la posibilidad o no de ejercicio de dicha acción de revisión del contenido económico de prestaciones ya reconocidas, partiendo ambas de una distinta interpretación del art. 43.1 LGSS . Concorre, por tanto, el referido presupuesto y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 43 y 143.4 LGSS) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

SEGUNDO.- 1.- Con carácter previo, y aunque sea de esencial trascendencia en orden a la solución del recurso, puede aceptarse la tesis de la Entidad Gestora ahora recurrente, con alegado fundamento en el art. 143.4 LGSS , en orden a que la prestación de incapacidad permanente que inicialmente disfrutaba el beneficiario no



pierde su naturaleza por el mero hecho de que la pensión pase a denominarse de jubilación al cumplir aquél los sesenta y cinco años de edad, pues *"la nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniere percibiendo"*; así como que, a diferencia de lo que sucede con las pensiones contributivas de jubilación (art. 164 LGSS) y de muerte y supervivencia (art. 178 LGSS), no está prevista en la LGSS para las pensiones por incapacidad permanente ninguna excepción a la regla general ex art. 43.1 LGSS, conforme al cual *"el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate ..."*.

2.- No se acepta, sin embargo, la conclusión propuesta por la Entidad recurrente en orden a que son sustancialmente iguales los derechos tendentes al reconocimiento inicial de una prestación y el ejercitable para intentar lograr las diferencias económicas que puedan resultar de su ulterior modificación, concluyendo aquélla que su plazo de ejercicio debe ser el común del art. 43.1 LGSS, puesto que, entendemos, como a continuación se razonará, que son acciones distintas, por su naturaleza y finalidad, las tendentes al reconocimiento inicial de una prestación económica de la Seguridad Social de aquellas otras acciones dirigidas a lograr la revisión del contenido económico de una prestación de tal naturaleza ya reconocida.

TERCERO.- La propia LGSS suministra argumentos a favor de tal distinción de acciones en diversos preceptos, incluso específicamente para las prestaciones de incapacidad permanente en el propio art. 143 LGSS invocado por la Entidad recurrente, regulador de la revisión de la propia declaración de incapacidad con las consecuencias económicas derivadas, por agravación o mejoría o error de diagnóstico, que posibilita el que se efectúe *"en cualquier momento"* (arg. ex art. 143.2.III LGSS), con los espacios intermedios que establece para evitar solicitudes sucesivas, el ejercicio de la acción tendente a tal revisión por parte de la Gestora y por parte de los beneficiarios, y además, en su nº 3 dispone que *"Las disposiciones que desarrollen la presente Ley regularán el procedimiento de revisión y la modificación y transformación de las prestaciones económicas que se hubiesen reconocido al trabajador, así como los derechos y obligaciones que a consecuencia de dichos cambios correspondan a las entidades gestoras o colaboradoras y servicios comunes que tengan a su cargo tales prestaciones"*.

CUARTO.- 1.- Ha constituido, además, doctrina consolidada de esta Sala la de distinguir entre uno y otro tipo de acción y la de no fijación de un límite temporal al ejercicio de la acción de revisión del contenido económico de una prestación vitalicia subsistente y previamente reconocida, así como la de que, al no existir una regla específica para la determinación del alcance de los efectos económicos de las solicitudes de ajuste de la cuantía, -- dejando aparte ahora la incidencia de la Ley 42/2006 a partir del día 1-enero-2007 --, éstos debían retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho con independencia de la prescripción que pudiera operar frente a las concretas cantidades reclamadas.

2.- La anterior doctrina se reflejó claramente, entre otras, en la STS/IV 25-marzo-1993 (rcud 690/1992) y se ratificó en Sala General en STS /IV 7-julio-1993 (rcud 1193/1992), siendo en el voto particular formulada a la misma, y no en la referida sentencia de plenario, en el que la Entidad gestora recurrente pretende fundamentar su tesis de sustancial identidad entre ambas acciones y que el plazo de ejercicio debe ser común y aplicable a ambas acciones el art. 43.1 LGSS.

3.- La citada STS/IV 25-marzo-1993, aun relativa a una pensión de jubilación y a la específica interpretación del antiguo art. 156 LGSS, --ahora art. 164 LGSS : *"El derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, es imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, en los supuestos de jubilación en situación de alta"*, -- equiparable al ahora cuestionado art. 43.1 LGSS (*"El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud"*), distingue perfectamente entre ambas acciones. Así, interpreta que una es la pretensión de reconocimiento contenida en *"solicitud inicial de la que deriva el reconocimiento de la pensión"* y otra u otras son las *"solicitudes que se formulen con posterioridad con objeto de modificar la cuantía de la prestación ya reconocida, cualquiera que sea el tiempo en que las mismas se formulen"*. Reitera, con lo que destaca su diferente naturaleza y finalidad, que *"no se deben confundir dos conceptos diferentes, referente, uno, al reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación y, otro, a la determinación de la cuantía de este derecho"*, dado que *"El reconocimiento del derecho - arts. 153 y 154 de la LGSS - exige como requisitos haber cumplido la edad pensionable, tener cubierto un período mínimo de cotización y cesar en el trabajo por cuenta ajena; la cuantía -art. 155 de dicho Texto Refundido- se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje correspondiente"*, por lo que *"no debe interpretarse extensivamente dicho precepto restrictivo y aplicarle también el aumento de la cuantía de un derecho ya reconocido, en cuanto ello supondría violación del principio «odiosa restringenda»"*. Concluyendo, con concretos argumentos de los

que se pone de evidencia la distinta finalidad de ambas acciones y el distinto fundamento de las respectivas reglas de prescriptibilidad, que " *si el contenido económico de la prestación por un error inicial de la entidad gestora -que está en condiciones más favorables que el propio beneficiario para su adecuada determinación- quedó minusvalorado, lo que más tarde fue corregido por sentencia firme ..., es lógico mantener -a falta de norma expresa del sentido contrario- que sus efectos deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, afectado en su contenido económico de error, sin que deba deducirse de una norma, que consagra la imprescriptibilidad del derecho y su retroacción máxima a tres meses, la misma limitación en cuanto al contenido económico del derecho ya reconocido anteriormente en cuantía inferior, y ello independientemente de la prescripción que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica, cuyo examen excede de los términos en que ha sido planteado el debate* ". Por último, y en cuanto a la finalidad del plazo de tres meses de retroacción para la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones, interpreta que " *se asienta en un principio razonable: evitar que lucre la prestación de jubilación, quien con su actuación omisiva, y a pesar de reunir los requisitos legales retrasa la petición de reconocimiento de su derecho, máxime cuando tal conducta impediría o dificultaría a la entidad gestora el control sobre si, efectivamente, el beneficiario ha cesado en su actividad laboral, pues es sabido que el cese es uno de los requisitos condicionantes del otorgamiento de la prestación* ", pero, lo que es importante a los efectos ahora cuestionados relativos a la acción de revisión del contenido económico de prestaciones ya reconocidas, por el contrario " *Ello no sucede cuando lo que se reclama es la modificación de la cuantía, pues en tal caso -firme, ya, el reconocimiento del derecho- la nueva declaración -en este supuesto judicial- sobre su contenido económico trata de corregir un error de origen, que produjo una minusvaloración de la pensión* ".

4.- Como se ha adelantado, la referida distinción entre los dos tipos de acciones se mantiene en la STS/IV 7-julio-1993 (rcud 1193/1992, Sala General con voto particular). En esta sentencia se aborda también separadamente el tema distinto y específico de los efectos económicos de la acción de revisión y de " *la prescripción que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica* (problemática no analizada en la citada STS/IV 25-marzo-1993), es decir, como la Sala General precisa, entra a resolver sobre " *la cuestión de cual sea el plazo de la prescripción aplicable a las cantidades resultantes de la rectificación de la errónea fijación de la cuantía de la prestación ya reconocida* ", aplicando en este caso (y en dicha fecha) el plazo quinquenal y argumentando, para llegar a tal conclusión no prevista de forma expresa en la LGSS, que " *basta remitirse a la sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1992 que, tras un análisis de las sentencias precedentes de 22 de mayo y 15 de julio de 1986, concluye que ha de mantenerse la prescripción quinquenal, que es la que establece el art. 54 de la LGSS, aun cuando este precepto se refiera expresamente a la prestación, y no a la determinación de la cuantía, y también el art. 1966 del Código Civil* ".

5.- Esta doctrina se viene aplicando, expresa o tácitamente, con distinción de acciones y de supuestos, entre otras muchas, en las SSTS/IV 22-noviembre-1996 (rcud 3348/1995), 18-marzo-1999 (rcud 2671/1998), 14-octubre-1999 (rcud 657/1999), 1-febrero-2000 (rcud 3214/1998 -pensión de viudedad), 31-enero-2007 (rcud 2633/2005), especialmente 26-febrero-2007 (rcud 4281/2005 -pensión de jubilación) y 22-enero-2008 (rcud 3444/2006).

6.- Aunque en las SSTS/IV 19-diciembre-2000 (rcud 3684/1999 -pensión de incapacidad permanente), 17-noviembre-2005 (rcud 3661/2004 -pensión de incapacidad permanente), – aun invocando expresamente la doctrina de las citadas SSTS /IV 7-julio-1993 (rcud 1193/1992), 18-marzo-1999 (rcud 2671/1998), 14-octubre-1999 (rcud 657/1999) –, de hecho se llega a una solución contraria a la doctrina consolidada de esta Sala, pues en vez de seguir sustentando que el plazo de cinco años lo es para la prescripción de las concretas diferencias cuantitativas reclamadas tardíamente en revisión, afirman, por el contrario, que el transcurso del plazo de cinco años ex art. 43.1 LGSS impide el ejercicio del derecho a la revisión instando una mayor base reguladora. Así, como se ha adelantado, en la sentencia invocada como de contraste (STS/IV 17-noviembre-2005) se afirma como doctrina correcta que " *la prescripción quinquenal se refiere también a la determinación de la cuantía, de modo, consecuentemente, que afirma que la reclamación por el trabajador de una mayor BR de la prestación reconocida planteada después de transcurridos cinco años ha rebasado el plazo de prescripción, y ello impide el ejercicio del derecho pretendido* ".

QUINTO.- 1.- La Sala entiende, no obstante, que debe seguir manteniéndose su doctrina consolidada, reflejada en su sentencia de Sala General de fecha 7-julio-1993 (rcud 1193/1992) y que no ha sido expresamente modificada, tanto más cuanto, al supuesto ahora enjuiciado, – relativo a una prestación de carácter vitalicio (y sin entrar ahora a resolver el tema de las prestaciones temporales) –, ya le resulta de plena aplicación lo dispuesto en el nuevo párrafo segundo del apartado primero del art. 43 LGSS , añadido, con efectos desde el día 1-enero-2007 y con vigencia indefinida, por imperativo de la disposición final 3.1 de Ley 42/2006 de 28 -diciembre (de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.007), en el que se regula específicamente la acción de revisión de la cuantía de las prestaciones ya reconocidas y los efectos económicos de la nueva cuantía, estableciendo que " *Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado*

con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45".

2.- Esta norma que viene a confirmar, en sus apartados I y II, la clara distinción de naturaleza y efectos, ya mantenida por la jurisprudencia unificadora, entre la acción tendente al reconocimiento inicial de las prestaciones (art. 43.1.I : " el derecho al reconocimiento de las prestaciones ... ") y las acciones mediante las que se pretenda la revisión del contenido económico de las prestaciones ya reconocidas (art. 43.1.II : " si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas ... "), aunque en este último supuesto limita, como regla, – a partir del 1-enero- 2007 –, los efectos económicos retroactivos de la nueva cuantía obtenida tras el ejercicio de la acción de revisión (no el derecho a ejercitar la acción de revisión) a los tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud (como en cuanto a este último extremo del nuevo apartado, ha interpretado, entre otras, la STS/IV 23-noviembre-2009 -rcud 126/2009).

SEXTO.- 1.- En definitiva, cabe establecer como doctrina unificada, – y tratándose de prestaciones vitalicias, únicas ahora enjuiciadas –, la de que debe distinguirse entre la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones de Seguridad Social (contempladas en el art. 43.1.I de la LGSS) y la acción de revisión del contenido económico de prestaciones de tal clase ya reconocidas (reguladas ahora en el art. 43.1.II de la LGSS, reformado con vigencia a partir del 1-enero-2007). A su vez, en una y otra, debe distinguirse entre el plazo de ejercicio de la correspondiente acción y el plazo de retroacción de los posibles efectos económicos del respectivo reconocimiento.

2.- Así, tratándose de la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones, como es dable deducir del art. 43.1.I LGSS y jurisprudencia que lo interpreta, resulta que: **a)** el plazo de ejercicio, salvo en los supuestos excepcionales de imprescriptibilidad (prestación contributiva de jubilación -art. 164 LGSS , o prestaciones por muerte y supervivencia -art. 178 LGSS), es, como regla, de prescripción y de cinco años computados a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate; y **b)** el plazo de retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial se limita, en todo caso (sea prescriptible o imprescriptible la referida acción), a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

3.- Por otra parte, cuando se trata de la acción de revisión del contenido económico de prestaciones de Seguridad Social ya reconocidas, como es dable deducir del art. 43.1.II LGSS y jurisprudencia que lo interpreta en su redacción efectuada con vigencia a partir del 1-enero-2007, resulta que: **a)** en cuanto a su plazo de ejercicio, no existe un límite temporal para el mismo (no siendo, por tanto, aplicable el de cinco años fijado en la sentencia de contraste, como se ha indicado); y **b)** por lo que respecta al plazo de retroacción de los efectos económicos del incremento ulteriormente reconocido, se limita ahora, a partir del 1-enero-2007 (Ley 42/2006), como regla, a los tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud de revisión, con las excepciones previstas en el propio precepto (rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos o revisión derivada de acción de reintegro ex art. 45 LGSS), sin que, por imperativo de la reforma legal, con posterioridad a dicha fecha, resulte ya aplicable la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta sobre este concreto extremo (en cuanto retrotraía tales efectos económicos a la fecha del reconocimiento inicial, con independencia de que la prescripción pudiera operar frente a las concretas cantidades reclamadas y fijándose dicha prescripción en cinco años).

SÉPTIMO.- En atención a las precedentes consideraciones, de acuerdo con el informe emitido en cuanto al fondo por el Ministerio Fiscal, entendemos que la doctrina jurídicamente correcta es la sustentada en la sentencia recurrida, por lo que procede desestimar el recurso de casación unificadora interpuesto por la Entidad Gestora; sin imposición de costas al gozar la parte vencida del beneficio de justicia gratuita (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 18-febrero-2009 (rollo 2633/2008) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , con sede en Granada, desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto por la referida Entidad Gestora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo



Social nº 7 de Granada en fecha 14-julio-2008 (autos 591/2007), recaída en los autos seguidos a instancia de Doña Araceli , en su condición de hija del pensionista fallecido Don Iván ; sin posición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada , ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ