

de este modo, la reparación de la lesión de un derecho fundamental y desdibujando, por ende, la única reparación pretendida por el recurrente, cual era la de tener por interpuesta la demanda y obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones que planteaba.

Reparación especialmente exigible en virtud del principio *pro actione* que debe regir en esta vertiente del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y que impide interpretaciones de las causas legales de inadmisión caracterizadas por un excesivo formalismo o rigor que revele una clara desproporción de entre los fines preservados por las condiciones legales de admisión y los fines que resultan sacrificados. Sin que, como señala el Ministerio Fiscal, reúna las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad la decisión judicial que aprecia una excepción de caducidad cuando la presentación de la demanda fuera del plazo legalmente previsto tiene su origen en una indicación errónea de plazos de la Administración que no puede beneficiarse de aquel error fundando después en él la caducidad de la acción pues entonces se impide a la parte demandante obtener un pronunciamiento judicial con claro beneficio para la Administración. Supuesto acaecido en el presente caso al ser la Resolución de la administración de 11 de septiembre de 2000 la que establecía la posibilidad de interponer demanda ante el Juzgado de lo Social en el plazo de dos meses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 y siguientes LPL, y habiéndose cumplido por el ahora recurrente tal indicación, pues recibida la resolución el 13 de septiembre de 2000, la demanda ante el Juzgado de lo Social se interpuso el 13 de noviembre de 2000, no habiéndose superado por tanto el plazo de dos meses indicado.

La interpretación de los requisitos de admisibilidad de la demanda efectuada por el órgano judicial, así pues, no ha respetado el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Tal conclusión, por lo demás, no varía por el hecho de que la caducidad no fuera alegada en el juicio por la Administración demandada, sino por un tercero codemandado, habida cuenta de las circunstancias que concurrieron y de los efectos que las mismas tuvieron para quien indujo inicialmente al error.

En efecto, en el presente caso debe tenerse en cuenta, como se ha expuesto en los antecedentes de esta Sentencia, que la reclamación del ahora recurrente es consecuencia de una doble declaración contenida en la resolución extintiva inexorablemente unida. Así, en ella se le comunicaba la extinción del derecho a la reserva de su puesto y, como consecuencia de ello, se le notificaba al mismo tiempo su cese. Extinción del derecho a la reserva consecuencia de la reclamación realizada por el sustituto contratado mientras el ahora recurrente procedía a cumplir la sanción de suspensión de empleo y sueldo impuesta, que dio lugar al proceso que ahora se cuestiona en amparo y en cuyo seno no hubiera prosperado la excepción de caducidad alegada por el tercero de haber realizado desde el primer momento la Administración Pública una correcta advertencia. Por lo que, al final, como acertadamente manifiesta también el Ministerio público, aunque el SERGAS no alegara la excepción de caducidad finalmente estimada por los Tribunales, dicha excepción se acogió exclusivamente como consecuencia directa de la situación a que condujo el error en los plazos ofrecidos por la Administración, permitiendo dicho error que, finalmente, sea la propia Administración la beneficiaria de sus propias irregularidades (SSTC 193/1992 y 194/1992, de 16 de noviembre, FJ 4; 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 6), lo que constituye un resultado proscrito.

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 el recurso presentado por don Juan Marcos Doucet Dejoie y, en consecuencia:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia garantizado por el art. 24.1 CE.

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar nulas la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de febrero de 2002 y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo de 14 de noviembre de 2001, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior al de la primera de tales resoluciones para que dicte una nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a veinte de diciembre de dos mil cuatro.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

1070

Pleno. Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre de 2004. Cuestión de inconstitucionalidad 2045/1998. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores, en la versión del texto refundido de 1995.

Vulneración de los derechos a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo: determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2045/98, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores, en la versión del texto refundido de 24 de marzo de 1995. Han comparecido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, en la representación que ostenta por ministerio de la Ley. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 8 de mayo de 1998 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Juzgado de lo Social núm. 1, de los de Pontevedra, al que se acompaña, junto a testimonio de los autos que tramita bajo el núm. 809/97, el Auto del citado Juzgado de 27 de abril de 1998, en el que plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores (en adelante, LET), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, denunciando su posible contradicción con el mandato de igualdad y prohibición de discriminación indirecta por sexo que se contiene en el art. 14 CE.

2. La cuestión surge en los autos de la demanda formulada por doña Rosalía Falcón Roma contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre reconocimiento del derecho a la prestación de incapacidad permanente total, por padecer dolencias que la incapacitan para su actividad de limpiadora. La solicitud de la actora había sido denegada por Resolución de la Dirección Provincial de Pontevedra del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 8 de septiembre de 1997, confirmada por Resolución del siguiente 6 de octubre que desestima la reclamación previa, por no reunir el período mínimo de cotización exigible a la fecha del hecho causante de conformidad con el art. 138.2 b) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), pues necesitaba 4.045 días de cotización para causar derecho a la prestación y acreditaba en total 4.024 días.

Concluido el procedimiento judicial, el Juzgado de lo Social, mediante providencia de 7 de abril de 1998, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal (ex artículo 35.2 LOTC) sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 12.4 LET por su posible contradicción con el art. 14 CE. El precepto que cuestiona resulta de aplicación al caso (ya que la actora tiene periodos de trabajo y cotización a tiempo parcial), los trabajadores a tiempo parcial son un colectivo predominantemente femenino (según se deduce de la información facilitada por el Instituto de la Mujer a requerimiento del propio Juzgado como diligencia para mejor proveer) y la norma legal, en cuanto establece un trato diferente entre los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo a efectos del cómputo de las carencias para las prestaciones sociales que la exijan, puede resultar contraria al principio de igualdad de trato y suponer además una discriminación indirecta por razón de sexo, recogidos tal principio y tal prohibición de discriminación en el artículo 14 de la Constitución.

La representación procesal de la actora en el proceso evacuó el trámite de alegaciones conferido, considerando pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Ni el Ministerio Fiscal ni el Instituto Nacional de la Seguridad Social formularon alegaciones.

3. El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se fundamenta en las consideraciones siguientes:

a) La prestación de invalidez permanente le fue denegada a doña Rosalía Falcón Roma por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por la única razón de no acreditar el período mínimo de cotización legalmente exigible a la fecha del hecho causante de la prestación solicitada, que resultaba ser de 4.045 días, cuando la actora sólo acreditaba 4.024 días cotizados (incluyendo los correspondientes a pagas extraordinarias y al período de incapacidad temporal del que deriva la invalidez). Ello es así porque en los períodos en los que estuvo contratada a tiempo parcial (que el órgano judicial cifra, salvo error, en 2.346 días), el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoce a la actora sólo 1.447 días de cotización, en apli-

cación del párrafo segundo del art. 12.4 LET, ya que se trata de contratos a tiempo parcial. Precisa el Magistrado-Juez que los periodos en los que la demandante estuvo contratada a tiempo parcial fueron de 1 de abril de 1987 a 31 de marzo de 1989; de 14 de noviembre de 1990 a 31 de octubre de 1991; de 1 de noviembre de 1992 a 18 de octubre de 1994; y de 1 de septiembre de 1995 a 30 de mayo de 1997, en la empresa Carpintería Barbeito.

b) El cómputo de los periodos cotizados a tiempo parcial que realiza el Instituto Nacional de la Seguridad Social se ajusta a lo establecido en el párrafo segundo del art. 12.4 II LET. Este precepto dispone que «para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas». El Juzgado proponente de la cuestión de inconstitucionalidad afirma que aplicando esta norma al supuesto planteado en el proceso *a quo*, el cálculo efectuado por el INSS sería correcto, por lo que la demanda –prosigue su razonamiento el órgano judicial– tendría que ser desestimada. Por el contrario, si se atendiera a los periodos de tiempo en los que el contrato de trabajo estuvo vigente, tal como se hace cuando se trata de trabajadores a tiempo completo, la demanda debería ser estimada. En consecuencia, concluye el órgano judicial proponente, de la constitucionalidad del párrafo segundo del art. 12.4 LET depende el fallo.

c) Dos son los motivos por los que el órgano judicial duda acerca de la constitucionalidad del precepto legal citado. De un lado, porque rompe el principio de proporcionalidad y, de otro, por su efecto discriminatorio sexista, vulnerándose en ambos casos lo dispuesto en el art. 14 CE. En cuanto al principio de proporcionalidad, que «es uno de los aspectos de la igualdad» (STC 177/1993, de 31 de mayo), considera el Juzgado que este principio justifica que la menor jornada de los trabajadores a tiempo parcial repercuta no sólo en una menor retribución que la percibida por trabajadores a tiempo completo, sino asimismo en una menor base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social. Pero si influyese además en el cálculo del período de carencia, se produciría una «doble penalización» consistente en que un trabajador a tiempo parcial a media jornada, como es el caso de autos, necesitaría trabajar el doble de tiempo que un trabajador a tiempo completo para cubrir el tiempo de carencia exigida y, en el supuesto de que lo cumpliera y llegase a él, su base reguladora sería la mitad que la del trabajador a tiempo completo, en la misma actividad y categoría profesional.

El párrafo segundo del art. 12.4 LET incurre, además, en discriminación indirecta por razón de sexo, según el Auto de planteamiento de la cuestión. En efecto, la evidencia estadística, acreditada en autos, de que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino permite afirmar la existencia de un impacto adverso que, al no aparecer justificado por circunstancias objetivas no relacionadas con el sexo, conduce a concluir que la norma legal incurre en discriminación indirecta por razón de sexo, noción definida por la STC 145/1991, de 1 de julio o la STC 22/1994, de 27 de enero. A ello hay que añadir, prosigue el Auto, que se ha admitido que las normas del Derecho comunitario sirven para integrar las normas constitucionales internas sobre derechos fundamentales (art. 10.2 CE), por lo que procede recordar la definición de discriminación indirecta por razón de sexo contenida en el art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, que se apoya en una consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. También considera el Juzgado que procede traer a colación la prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial que inspira la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, si bien es cierto que

esta Directiva no contempla los aspectos de Seguridad Social.

A la postre la cuestión es dilucidar si la finalidad de exigir una carencia como medio de comprobar la vinculación del solicitante de prestaciones sociales al mercado de trabajo queda o no cumplida, para los trabajadores a tiempo parcial, exigiendo, como ocurre con los trabajadores a tiempo completo, el tiempo que se especifique para cada prestación –para la invalidez permanente el previsto en el art. 138.2 LGSS– o, por el contrario, el mayor que se derive del cómputo por horas, como se deduce el art. 12.4 II LET.

4. Mediante providencia de 14 de octubre de 1998, la Sección Tercera de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra y dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con lo establecido por el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el plazo improrrogable de quince días, pudieran personarse en este proceso y formular las alegaciones que estimaren pertinentes. Finalmente resolvió publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

5. En el «Boletín Oficial del Estado» núm. 254, de 23 de octubre de 1998, se hizo pública la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad número 2045/98. Por escrito registrado en este Tribunal el 29 de octubre de 1998, la Presidencia del Congreso de los Diputados comunicó que, aunque no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar. El siguiente 30 de octubre de 1998 tuvo entrada el acuerdo de la Presidencia del Senado de personación en este procedimiento y de ofrecimiento de colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Por escrito registrado el 6 de noviembre de 1998, el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, formula alegaciones y pide la desestimación de la cuestión planteada. Recuerda que la regla del párrafo segundo del artículo 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, se contiene asimismo en la disposición adicional séptima de la Ley general de Seguridad Social (LGSS). Pone de manifiesto que no se cuestiona en el caso ni el régimen jurídico del contrato parcial ni el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, ni los requisitos para causar pensión por invalidez permanente exigidos por el art. 138.2 LGSS, sino única y exclusivamente la previsión legal de computar en los contratos a tiempo parcial –a diferencia del régimen del contrato a tiempo completo– sólo las horas efectivamente trabajadas para determinar los periodos de cotización exigidos para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social, en este caso la pensión por incapacidad permanente total.

Invoca el Abogado del Estado la libertad de configuración del legislador y su correlativa autonomía para definir las situaciones de necesidad y establecer las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, máxime en caso de prestaciones como la solicitada en el proceso *a quo*, que responden al principio contributivo, consecuencia de la forma de financiación del Sistema y preciso para garantizar su equilibrio económico, con cita de la STC 77/1995, de 22 de mayo. Sostiene que, por ello, sólo puede entenderse inconstitucional la actuación del legislador en el supuesto excepcional de que la diferencia de trato de situaciones comparables careciera absolutamente de razonabilidad y objetividad, como enseñan las SSTC 76/1990 y 177/1993. Esta vulneración constitucional

no se produciría en el presente caso pues ni siquiera es válido el término de comparación utilizado por el Juez proponente de la cuestión, toda vez que son realidades diferentes la protección social del trabajador contratado a tiempo completo y la del contratado a tiempo parcial, con diferentes modelos a su vez de tiempo de prestación laboral. No resulta por ello en absoluto extraño que la retribución del trabajador guarde proporción al tiempo de prestación y que de la misma manera su protección social (tanto para el cálculo de la base reguladora como de los periodos de carencia) esté en función de la contribución del trabajador según su remuneración y computando el tiempo en que efectivamente ha prestado sus servicios. Este sistema garantiza también la proporcionalidad entre cotización-prestación en el seno del régimen jurídico de la contratación a tiempo parcial, que permite un amplio abanico de duración de la jornada laboral.

Por otra parte, continúa el Abogado del Estado, la repercusión de la duración de la jornada laboral en la determinación del período de carencia es una consecuencia que se deriva del carácter contributivo de las prestaciones no asistenciales de la Seguridad Social. Por lo que se refiere al régimen de protección social de este tipo de contratos, el propósito del legislador fue evitar el resultado desproporcionado al que conduciría el criterio de establecer un régimen igualitario para el cómputo de los periodos de cotización entre ambos tipos de prestación laboral: bastaría con una prestación de escasa duración en relación con la jornada completa para obtener una pensión, aunque fuese mínima, en demérito del mayor esfuerzo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo completo. En un sistema contributivo como el propio de la prestación de invalidez, lo razonable es discriminar la jornada completa de la parcial, atribuyendo diferentes efectos a cada una de ellas. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que debe ser un objetivo del legislador mejorar progresivamente la protección social del trabajador a tiempo parcial dentro de las posibilidades que ofrece el Sistema de Seguridad Social, como de hecho viene sucediendo en las sucesivas reformas legislativas introducidas en relación con la protección social de los contratos a tiempo parcial.

Subraya asimismo el Abogado del Estado que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha venido pronunciando sobre la norma cuestionada en numerosas ocasiones (por todas, Sentencia de 31 de marzo de 1998) y en ningún momento ha considerado que fuera inconstitucional por discriminatoria.

Sostiene, en conclusión, que no es adecuado el término de comparación propuesto en el Auto de planteamiento para cuestionar la constitucionalidad de la norma legal denunciada, en la medida en que no son iguales los contratos a tiempo parcial y a tiempo completo. Por otro lado, el criterio para determinar los periodos de carencia de las prestaciones es razonable y suficiente objetivamente para dispensar un trato distinto a las personas que ante igual hecho causante han prestado sus servicios en régimen de jornada completa o a tiempo parcial.

En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de la norma cuestionada por generar discriminación indirecta por razón de sexo, señala el Abogado del Estado que los supuestos analizados en las SSTC 145/1991 y 22/1994, en los que se utiliza el concepto de discriminación indirecta sexista, no guardan relación alguna con el presente, pues en aquellos casos se trataba de prestaciones laborales idénticas tratadas desigualmente por motivo de la condición masculina o femenina del trabajador, identidad que no concurre aquí. En todo caso, en modo alguno puede admitirse que la regla cuestionada provoque discriminación indirecta por razón de sexo, tal como este concepto aparece definido en el art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo: «A efectos del principio de igualdad contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta

cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo». Aceptando esta definición comunitaria a los efectos que aquí interesan, no puede considerarse que el párrafo 2 del artículo 12.4 LET sea contrario al art. 14 CE, pues éste prohíbe las diferenciaciones de trato que no estén objetivamente justificadas por el fin lícito de la norma, pero el hecho de que ésta tenga repercusiones indirectas y no queridas no lo pone en cuestión. La norma cuestionada afecta por igual a los trabajadores contratados a tiempo parcial, sean hombres o mujeres, y no establece diferencia alguna por razón del sexo. En última instancia, si se aplicase este criterio a otras circunstancias enumeradas en el artículo 14 CE, se podría hablar de diferentes supuestos de inconstitucionalidad por el hecho estadístico de que estos contratos sean mayoritariamente celebrados con trabajadores más jóvenes o de mayor edad, o de un determinado sector social o profesional. No puede hablarse de que esta norma ni directa ni indirectamente discrimine a las trabajadoras en relación con los trabajadores. El criterio legal utilizado para determinar el período de carencia para obtener la invalidez permanente no tiene en consideración el sexo sino el tiempo trabajado y la correlativa contribución a la Seguridad Social, siendo un criterio razonable y no arbitrario.

7. El Fiscal General del Estado formuló alegaciones mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal el 13 de noviembre de 1998, en el que solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Tras exponer los antecedentes del caso y citar la doctrina de las SSTC 145/1991 en relación con la discriminación indirecta, y 253/1988 y 177/1993, entre otras, en relación con la libertad de configuración del legislador en materia de protección de Seguridad Social, efectúa el Fiscal un breve recorrido histórico sobre la evolución legislativa del contrato a tiempo parcial, señalando que la finalidad de esta figura contractual es la de fomentar el empleo. Razona el Fiscal que las situaciones de un trabajador a jornada completa y de un trabajador a tiempo parcial no son equiparables y que lo que hace la norma cuestionada es sencillamente establecer un sistema distinto de cómputo temporal a efectos de períodos de cotización, que no conlleva trato desigual. Analiza el Ministerio Fiscal si es distinta la afirmación del órgano judicial de que el sistema instaurado impone al trabajador a tiempo parcial la obligación de trabajar más tiempo, en el caso de autos el doble de tiempo, que un trabajador a tiempo completo para cubrir el período de carencia. Sostiene que la respuesta no es simple ya que, si por tiempo se entiende el período temporal —años en que se ha de estar trabajando— lleva razón el órgano proponente, pero si por tiempo se entiende el tiempo trabajado carece de consistencia el razonamiento. El Juzgador se refiere al caso de autos, trabajador a media jornada, y si, a modo de ejemplo, en un período de carencia de dos años el trabajador a jornada completa realizara, por ejemplo, mil horas anuales la carencia exigida sería de dos mil horas anuales de trabajo realizado, en cambio al trabajador a tiempo parcial que lógicamente realizaría quinientas horas anuales, si el criterio fuera la mera extensión temporal del contrato, su carencia serían sólo mil horas trabajadas, siguiendo este sistema de cómputo. Con todo ello un trabajador a tiempo completo podría sentirse discriminado al exigírsele el doble de horas trabajadas máxime al no prever el sistema un mecanismo que permitiera que si no alcanzara el período de carencia, se le transmutara el contrato en uno a tiempo parcial, y por las horas trabajadas completar la carencia, aunque con las pertinentes reducciones en la

base reguladora. Concluye que a un trabajador a tiempo parcial no se le está exigiendo, en comparación con un trabajador a jornada completa, más tiempo real trabajado para cubrir la carencia. Simplemente se instaura en ambos tipos de contrato de trabajo un sistema distinto de cómputo temporal que no conlleva trato desigual y, además, aparece justificado en circunstancias objetivas, no relacionadas con el sexo, como son el carácter contributivo de las prestaciones de Seguridad Social, que persigue como finalidad el equilibrio financiero del Sistema. Si ello es así la mayor proporción de trabajadoras de sexo femenino en los contratos a tiempo parcial no implica discriminación indirecta por razón de sexo.

8. Por providencia de 21 de diciembre de 2004 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra cuestiona la constitucionalidad del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), en la redacción original del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la citada Ley, que reza:

«Para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas.»

El Auto de planteamiento sólo denuncia el primer inciso del párrafo transcrito, que contempla los períodos de cotización. Sostiene el órgano judicial *a quo* que la norma, al establecer un trato diferente a los trabajadores a tiempo parcial por comparación con los trabajadores a tiempo completo a efectos de período de cotización para causar derecho a las prestaciones contributivas de Seguridad Social (de invalidez permanente en el caso concreto), vendría a vulnerar el mandato de igualdad en la Ley que consagra el artículo 14 CE tanto por ruptura del principio de proporcionalidad, que es uno de los aspectos de la igualdad, como por suponer una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida en la Norma fundamental.

2. Antes de abordar las dudas de constitucionalidad planteadas, resulta ilustrativo examinar la evolución legislativa de la regulación del contrato a tiempo parcial desde la perspectiva de su incidencia en la protección social.

El art. 12 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del estatuto de los trabajadores, estableció que la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial «se efectuará a razón de las horas o días realmente trabajados». La finalidad de esta norma era sin duda fomentar el empleo de dichos trabajadores mediante la reducción de los costes sociales. Nada establecía, sin embargo, sobre la incidencia que esta regla de cotización pudiera tener a efectos de período de carencia, ni tampoco autorizaba expresamente para que este extremo se determinara por vía reglamentaria. Esta previsión legal implicaba en forma tácita la derogación de lo establecido hasta entonces por la Ley general de la Seguridad Social de 1974 en su art. 74.4, en virtud del cual la base de cotización tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento «cualquiera que fuera el número de horas que se trabajasen diariamente».

El Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio, primer desarrollo reglamentario del art. 12 LET de 1980, no contenía tampoco reglas específicas en materia de protección social, si bien autorizaba al entonces Ministerio de Tra-

bajo, Sanidad y Seguridad Social «a efectuar las adaptaciones precisas, en las normas que configuran el régimen de cotización y prestaciones de la Seguridad Social y de Desempleo, para su aplicación en los supuestos en que los presuntos beneficiarios de la acción protectora estén o hayan estado acogidos a contratos de trabajo a tiempo parcial». En ejercicio de esta autorización, el Ministerio dictó la Orden de 20 de enero de 1982, regulando la cotización de los trabajadores contratados a tiempo parcial, con repercusión a efectos de bases reguladoras, pero sin contener disposición alguna que afectase a los períodos de cotización exigibles. Sin embargo, su disposición final segunda autorizó a su vez a los Subsecretarios de la Seguridad Social y de Empleo y Relaciones Laborales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar las normas precisas para la aplicación de tal Orden.

A esta autorización se acogió la Secretaría General de la Seguridad Social para dictar su Resolución de 1 de febrero de 1982, sobre afiliación y prestaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial. En el aspecto que aquí interesa esta Resolución introdujo la regla de proporcionalidad estricta que más tarde pasaría a quedar recogida en la norma cuestionada y en la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social de 1994, esto es, que a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el régimen de la Seguridad Social correspondiente para causar derecho a la prestación de que se trate se computarán las horas o días efectivamente trabajados.

Hay que advertir, no obstante, que la regla anterior no era aplicable a todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, pues para las prestaciones por desempleo el art. 3.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, dictado en desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, estableció para los contratos a tiempo parcial la regla según la cual cada día trabajado se computaba como día cotizado, cualquiera que hubiese sido la duración de la jornada.

Este mismo criterio fue aplicado a efectos de la desaparecida prestación por incapacidad laboral transitoria por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1993, dictada en unificación de doctrina, y fundada en la consideración de que la citada Resolución de 1 de febrero de 1982 carecía de eficacia normativa para entender modificado para los contratos a tiempo parcial el régimen jurídico establecido en la Ley general de la Seguridad Social y normas de desarrollo en cuanto al cómputo del período de cotización exigible para causar derecho a la referida prestación, doctrina ésta que fue extendida por posteriores Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a otras prestaciones del sistema, como las de invalidez permanente.

Contra esta jurisprudencia reaccionó el Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, cuya disposición adicional novena reprodujo la regla señalada en cuanto al cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial que establecía la citada Resolución de 1 de febrero de 1982 (en función de las horas o días efectivamente trabajados), elevando así el rango de la regulación, con la pretensión de ponerla al abrigo de los reproches de su insuficiencia apreciados por el Tribunal Supremo, e introduciendo algunas actualizaciones que no es el caso detallar aquí.

La suficiencia de rango de esta nueva regulación reglamentaria fue aceptada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de febrero de 1997, seguida por otras muchas posteriores, con la única precisión de que la regla de proporcionalidad referida se aplicaba a las prestaciones causadas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 2319/1993 (esto es, 1 de enero de 1994).

En todo caso, la cuestión relativa a la validez de la regulación reglamentaria carece hoy de relevancia prác-

tica como consecuencia de la elevación de rango del principio de proporcionalidad en virtud de las Leyes 10/1994 y 42/1994. En efecto, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (que fue el resultado de la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación) estableció en su art. 4.3 que «a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos». Esta misma regla se va a reproducir, en términos idénticos, en el apartado segundo de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

A su vez, el art. 40 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, dio nueva redacción a este precepto, en el único aspecto de suprimir la referencia a los días trabajados (como ya hiciera el Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre) de forma que el cómputo de los períodos de cotización se realizase siempre en función de las horas trabajadas, aunque se trate de contratos a tiempo parcial con jornada diaria completa pero con menor número de días de la jornada semanal, eliminando así el trato diferente entre contratos parciales por horas y por días. Esta regulación es la que queda recogida en el art. 12.4 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que fue consecuencia de la autorización al Gobierno, contenida en la disposición final séptima de la propia Ley 42/1994, para elaborar ese texto refundido. De esta forma, el párrafo segundo del art. 12.4 LET que se cuestiona viene a establecer que «para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Reglamentariamente se determinará la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, equivalentes a la jornada habitual diaria en la actividad de que se trate, así como los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos».

3. Con posterioridad a esta regulación y antes de plantearse la presente cuestión de inconstitucionalidad, se publicó el Real Decreto 489/1998, de 27 de marzo, que desarrolla en materia de Seguridad Social la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida, en relación con los contratos de trabajo a tiempo parcial, modificando asimismo otros aspectos del régimen jurídico aplicable a los trabajadores a tiempo parcial.

El Real Decreto 489/1998 sólo se refiere a las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad de los trabajadores a tiempo parcial. No afecta, en consecuencia, a las pensiones de incapacidad permanente —que es la reclamada en el proceso *a quo*— ni de jubilación o muerte y supervivencia. En lo que aquí importa, el Real Decreto 489/1998 establece reglas sustancialmente similares a las ya previstas en el Real Decreto 2319/1993 y antes en la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 1 de febrero de 1982, si bien establece el cómputo en función de las horas trabajadas, conforme exige el art. 12.4 LET.

Ha sido el 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, dictado en el marco del

Acuerdo de 13 de noviembre de 1998, sobre trabajo parcial y fomento de su estabilidad, el que ha introducido importantes novedades en materia de protección social de los trabajadores a tiempo parcial, entre ellas la atenuación del principio de proporcionalidad en cuanto al cómputo del período de carencia. En efecto, el referido Acuerdo fijó (amén de otras previsiones que no vienen ahora al caso) tres objetivos generales para la acción normativa: facilitar el acceso efectivo a las prestaciones, mantener el principio de contributividad y adecuar el principio de proporcionalidad.

En cumplimiento de estas previsiones, el Real Decreto-ley 15/1998 (que fue desarrollado por el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero), viene a dar una nueva redacción al art. 12 LET, al que se priva de sus contenidos de Seguridad Social que, con mayor corrección sistemática, pasan a los artículos 1661.1 y a la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, que se reforman, convirtiendo a esta última en el núcleo normativo básico a efectos de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial (en tanto que los aspectos laborales del contrato a tiempo parcial se mantienen, lógicamente, en la Ley del estatuto de los trabajadores).

Concretamente en el aspecto, que aquí interesa, del cómputo del tiempo trabajado a tiempo parcial a efectos de los períodos de cotización exigidos para causar derecho a prestaciones de Seguridad Social, esta nueva regulación mantiene el principio del cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas para determinar los períodos de cotización exigidos, pero atenuado mediante diversas reglas correctoras, con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial.

Así, se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientos veintiséis horas anuales (esto es, la duración máxima de la jornada anual según el art. 34.1 LET, excluidas las horas extraordinarias), de suerte que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, según ha quedado expuesto.

En segundo lugar, para causar derecho a las prestaciones de jubilación e invalidez permanente se introduce una regla específica correctora, consistente en un coeficiente multiplicador del 1,5 que, aplicado sobre los días teóricos de cotización, calculados conforme a la regla precedente, los aumenta facilitando así el acceso a la protección, precisándose que en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación laboral a tiempo completo.

Por su parte, el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, añadió una regla especial sobre incremento proporcional de período inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante en el que se ha de reunir la cotización mínima para causar derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, para facilitar su cumplimiento cuando las cotizaciones derivan de contratos a tiempo parcial.

Finalmente, ha de traerse a colación la reforma introducida en el art. 12 LET en cuanto al régimen jurídico del contrato a tiempo parcial por el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (cuya tramitación posterior como proyecto de Ley dio lugar a la Ley 12/2001, de 9 de julio). En este contexto, el citado Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, ha sido derogado y sustituido por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los

trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

4. Conviene advertir que las modificaciones sobrevenidas tras el planteamiento de la presente cuestión en las reglas legales sobre cómputo de período de cotización para causar derecho a las prestaciones de Seguridad en los contratos a tiempo parcial no determinan la pérdida sobrevenida de objeto de la misma. Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que, en los procesos que dimanen de cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación, modificación o sustitución de la norma constitucional se pone en duda no siempre priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada, modificada o sustituida en el proceso *a quo* puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal. De modo que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que tras esa derogación, modificación o sustitución resulte o no aplicable al proceso *a quo* y de su validez depende la decisión a adoptar en el mismo (por todas, STC 37/2004, de 11 de marzo, FJ 1, con cita de otras anteriores).

La modificación y posterior sustitución del precepto legal cuestionado no implica la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad ahora considerada, pues el juicio de constitucionalidad que sobre aquél hemos de efectuar se conecta con su aplicación a un concreto proceso en materia de Seguridad Social en el que el órgano judicial proponente ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*. Conviene recordar que en materia de derecho a las prestaciones de la Seguridad Social ha de estarse a la normativa aplicable a la fecha del hecho causante, sin que los cambios normativos posteriores afecten (salvo supuestos excepcionales de eficacia retroactiva, que no resultan de aplicación al presente asunto), a la determinación de los requisitos para el acceso a una prestación cuyo hecho causante es anterior a esa modificación.

Sin perjuicio de lo anterior, la evolución normativa del régimen jurídico de protección de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, antes expuesta, en el aspecto cuestionado (cómputo de las cotizaciones efectuadas en cuanto a los períodos de carencia exigibles) es significativa para enjuiciar las dudas de constitucionalidad planteadas en el presente caso.

5. La primera duda de constitucionalidad que plantea el órgano judicial proponente respecto del párrafo segundo del art. 12.4 LET, en su redacción de 1995, se refiere como ha quedado expuesto a la posible vulneración del principio de igualdad en la Ley consagrada en el art. 14 CE, por entender que la regla que se contiene en dicho precepto en cuanto al cómputo de los períodos de cotización para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en los contratos a tiempo parcial quiebra el principio de proporcionalidad, que es uno de los aspectos del principio de igualdad, como se señala en la STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 3.

Para enjuiciar la constitucionalidad del art. 12.4, párrafo segundo, LET, desde la perspectiva apuntada, es oportuno recordar el concreto alcance de la matizada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la ley (art. 14 CE), cuyos rasgos esenciales resume nuestra STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a): «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 principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».

En el mismo sentido la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10, tras recordar (con cita de la STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1) que el principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria», señala que «para llevar a cabo esa labor fiscalizadora de la ley desde la indicada perspectiva del derecho de igualdad, este Tribunal ha recurrido en ocasiones a cánones complementarios de enjuiciamiento, como lo es el de exigir que exista una justificación objetiva y razonable de la diferencia (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, 150/1991, de 4 de julio y 222/1992, de 11 de diciembre, entre otras muchas) y a pautas de general aplicación al legislador de los derechos fundamentales, como las que se derivan del principio de proporcionalidad y, más *in extenso*, de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos».

Ahora bien, continúa advirtiendo la citada STC 181/2000, «lo propio del juicio de igualdad es que ha de constatarse siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador requiere –como presupuesto obligado– la previa comprobación de que, como consecuencia de la medida legislativa impugnada, se ha introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre personas. Sólo verificado este primer presupuesto se procederá a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma. Por idéntica razón, cuando la norma enjuiciada no produzca esa imprescindible diversidad de trato entre los ciudadanos, estableciendo una distinción perjudicial en la posición jurídica de unos respecto de la de otros, es del todo innecesario continuar con el examen de la ley desde la óptica del principio de igualdad. La medida legislativa podrá, en su caso, ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), mas nunca podrá estimarse vulnerado el derecho a la igualdad *ex art. 14 CE*».

En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el

resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FFJJ 3 y 9; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).

6. Pues bien, si se examina con atención la norma cuestionada resulta que en los términos estrictos en que la misma se establece, para determinar los períodos de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones cuando existen períodos trabajados a tiempo parcial, conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios períodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial.

En efecto, no resulta contrario al art. 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora.

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

No en vano el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en la norma cuestionada, párrafo 2 del art. 12.4 LET, al introducir, como ha quedado expuesto en el FJ 3 de esta Sentencia, una nueva regulación en la materia, 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.

7. Las conclusiones que anteceden llevarían ya a declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada

por lesión del principio de igualdad en la Ley (art. 14 CE), desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Se ven reforzadas, en forma decisiva al abordar la otra duda de constitucionalidad que plantea el Juzgado proponente de la cuestión respecto del párrafo 2 del art. 12.4 LET, esto es, la vulneración del art. 14 CE desde la perspectiva de la posible discriminación indirecta por razón de sexo.

El concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, precisamente con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos (entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de junio de 1992, asunto *Bötel*; o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez*), a saber, que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».

La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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, no define los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa o indirecta. La trasposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social. Posteriormente, en el marco del art. 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se adopta la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 citadas.

De este modo, conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «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» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ya aparecía recogido en el art. 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, que invocó el Abogado del Estado en sus alegaciones, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Define la discriminación indirecta en los siguientes términos: «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo». Así el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido que no existía discriminación indirecta por razón de sexo, por estar justificadas las diferencias de trato por motivos de política social, en medidas tales como la no inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *Megner y Schffel*) o la falta de cobertura de determinadas prestaciones de Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *Nolte*).

Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional y así, como se recuerda en la STC 22/1994, de 27 de enero (FJ 4), «una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean adecuadas las diferencias que, se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asuntos *Bilka Kaufhaus*, de 13 de mayo de 1986, o *Kowalska*, de 27 de junio de 1990, entre otros), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del sólo tiempo de trabajo inferior».

En el mismo sentido, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que «este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996, FJ 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)». Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27

de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de junio de 1992, asunto *Bötel*; o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez*).

Debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 CE, no resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos casos lo que se compara, «no son los individuos», sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso las mujeres.

Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 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 trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial –STJCE de 27 de junio de 1990–, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –STJCE de 9 de febrero de 1999–, trabajadores con menos fuerza física –STC 149/1991–, etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las 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 ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*).

En suma, 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.

Finalmente debe observarse que 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). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).

8. En las actuaciones que se acompañan al Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad consta una publicación del Instituto de la Mujer, titulada «Las mujeres en cifras, 1997», en la cual figura una información estadística elaborada por dicho Instituto a partir de los datos de la encuesta de población activa, tercer trimestre de 1996 (Instituto Nacional de Estadística), conforme a la cual del total de la población ocupada en España en el referido trimestre a jornada completa (11.580.200 personas), las mujeres representaban el 31,50 por 100; y del total de la población ocupada a tiempo parcial en ese mismo trimestre (938.900 personas), las mujeres constituían el 75,16 por 100.

Asimismo, consultada la publicación «Mujeres en cifras» del Instituto de la Mujer correspondiente al año en curso (2004), resulta que, según la estadística elaborada a partir de datos de la encuesta de población activa correspondiente al primer trimestre del año 2004 (Instituto Nacional de Estadística), del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial en dicho trimestre (1.242.300 personas), las mujeres representan el 81,94 por 100.

Estos datos permiten concluir que, en efecto, el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga, a la luz de la doctrina antes expuesta, a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de períodos 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 tal efecto, tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado afirman en sus alegaciones que la regulación del contrato a tiempo parcial aparece justificada en circunstancias objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo, pues se trata de una medida de activación del empleo que ha de contemplarse, en cuanto a la protección social, desde la premisa del principio de contributividad que preside el sistema de Seguridad Social, lo que justifica, a fin de garantizar el equilibrio financiero del sistema, un tratamiento diferente en función del tiempo trabajado y por ende cotizado, de donde resulta la regla de proporcionalidad entre la cotización y las prestaciones que se cuestiona.

Esta objeción se responde, como ya ha quedado señalado, poniendo de manifiesto que el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca (como lo hace en la norma cuestionada) que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero lo que no aparece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por

tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

9. Todo lo expuesto conduce a la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establece que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Restando únicamente por precisar que no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes corresponde integrar, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del precepto cuestionado pudiera producir en orden al cómputo de los periodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en caso de trabajadores a tiempo parcial.

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 presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores, según la redacción del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establece que para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas.

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

Dada en Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2004, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2045/98.

Con el respeto que siempre proclamo respecto de las Sentencias cuya fundamentación y fallo no comparto, así como a los criterios sostenidos por mis colegas, haciendo uso del derecho establecido en el art. 90.2 LOTC, formulo Voto particular, cuya fundamentación paso a exponer.

1. En primer lugar considero oportuno referirme a la problemática utilidad de la solución de la cuestión de inconstitucionalidad, y en relación con ella a la duda sobre la corrección de su planteamiento.

En la cuestión de inconstitucionalidad junto al carácter de enjuiciamiento constitucional abstracto de la Ley cuestionada se destaca su significado de cuestión prejudicial para la solución concreta del proceso del que dimana.

Su justificación tiene que ver con la obligación del Juez de la doble vinculación a la Ley y a la Constitución y la imposibilidad de resolver por sí mismo la eventual inconstitucionalidad de la Ley. Pero todo ello, como problema surgido respecto de la solución de un caso concreto, al que necesariamente debe dar solución (art. 1.7 CC).

En el caso actual, habida cuenta que la Ley cuestionada se duplica en su contenido normativo en la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 –LGSS, en adelante–, según la redacción vigente en el momento del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad), y que la cuestión de inconstitucionalidad sólo se ha planteado respecto del art. 12.4 LET (en la redacción vigente a la sazón), y no respecto del otro precepto que lo duplica, una eventual estimación de la cuestión de inconstitucionalidad y consecuente declaración de nulidad del precepto cuestionado no satisfaría la finalidad prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad, pues el Juez de lo Social, al dictar la sentencia que proceda, no podrá prescindir de lo dispuesto en la disposición adicional séptima LGSS, puesto que esta norma legal mantiene su plena vigencia, y será ineludible su aplicación al caso. Ante esa realidad creo que debiera replantearse la corrección del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues, habida cuenta de las circunstancias, no se cumplen en ella las exigencias propias de su carácter prejudicial, y la funcionalidad de la misma para la adecuada solución constitucional del proceso *a quo*.

2. Para afrontar la cuestión a examinar me parece conveniente partir de las siguientes observaciones de carácter general:

a) El sentido normativo de un determinado texto legal, que tiene la significación funcional de pieza de un sistema, no puede establecerse aislándolo del sistema en que se integra. Su justificación constitucional debe inquirirse así en tanto que pieza del sistema, en este caso el sistema normativo de la Seguridad Social.

Y es por tanto en él, en el que debe tratarse de establecerse el sentido y función del «período de carencia» o «período de cotización», en cuanto requisito para el devengo de las prestaciones.

Para ello es necesario definir las líneas estructurales del sistema de la Seguridad Social, del que las prestaciones forman parte, y en el que adquieren sentido, o no, los requisitos para su devengo.

b) Desde la óptica constitucional el sistema de la Seguridad Social responde a un mandato constitucional, recogido en el art. 41 CE, debiendo en todo caso atenderse las normas que lo rigen a otras múltiples exigencias constitucionales, muy especialmente, por su proyección sobre el caso actual, al imperativo de igualdad del art. 14 CE.

El nivel de la asistencia y la mayor o menor dureza de los requisitos para alcanzar las prestaciones dependerán de las posibilidades económicas de que disponga en cada momento el Estado.

Es lógico entender que todo un sistema de Seguridad Social descansa sobre muy delicadas ecuaciones financieras, que es inexcusable tener en cuenta, como dato de referencia, a la hora de valorar la justificación constitucional de los distintos mecanismos. Los requisitos para el acceso a las prestaciones del sistema indudablemente están pensados sobre la base de las posibilidades financieras de éste, de ahí que el juicio sobre la constitucionalidad de un determinado requisito no pueda hacerse con abstracción de las bases financieras, de las que dicho requisito es función.

c) En una visión global del sistema de la Seguridad Social es realista entender que difícilmente puede dar satisfacción completa a las pretensiones de cobertura de los sujetos beneficiarios, y ello por la casi constitutiva

limitación de recursos; por lo que es dato de partida que existirán múltiples posibilidades de insatisfacción, desde las que es humanamente comprensible el planteamiento de agravios comparativos. Pero en esa tesitura lo procedentes es atender a la racionalidad de la ordenación general, y no a las distintas situaciones de agravio comparativo, que inevitablemente pueden generarse a partir de las propias limitaciones de esa ordenación, y pese a su racionalidad intrínseca.

d) En un juicio de globalidad del sistema de la Seguridad Social es imprescindible atender a la evolución normativa del mismo, cuya examen es especialmente revelador en este caso, para situar el requisito en cuestión a la hora del juicio constitucional de igualdad.

En su inicio la Seguridad social se monta sobre un mecanismo de cotización establecido sobre bases estrictamente igualitarias (sistema de bases tarifadas, en el que la base mínima se fija por el salario mínimo interprofesional), según el cual, cada uno en su nivel cotiza lo mismo, sin que se tenga en consideración la duración de la jornada (*vid.* arts. 73 y 74 de la Ley de Seguridad Social de 1966). Al propio tiempo el módulo temporal para el cálculo de la cotización es el día.

En un sistema tal, la exigencia de un determinado período de cotización, fijado en días, como requisito para el acceso a determinadas prestaciones, opera en términos de rigurosa igualdad, pues la carga contributiva al sistema es, en el mínimo, la misma en todo caso. A la vez en ese momento el período de cotización es siempre igual, y expresión de un número de días de cotización.

Llegados a este punto, es preciso aclarar que la idea de período de cotización no se concibe en su sentido inicial como tiempo de permanencia en el sistema; esto es, como tiempo sin más, sino como tiempo de cotización.

En un sistema contributivo el tiempo en sí mismo, (a no ser que así se diga expresamente) no cumple ninguna función. Expresa sin embargo una función de cómputo de la carga contributiva como tiempo cotizado, en donde el tiempo es índice del *quantum* de la cotización, valor, a su vez, indicativo de la contribución al sistema.

e) Un régimen tal de Seguridad Social tenía una consecuencia negativa en el paralelo ordenamiento de las relaciones laborales, en concreto en los contratos de jornada reducida (bien al día, semana o mes). La carga de la cotización al sistema de la Seguridad Social, al obligar a cotizar como si se trabajase una jornada completa, siendo así que la jornada era parcial, encarecía relativamente el coste de esos contratos, y entorpecía muy gravemente su utilidad como vehículos aptos de empleo, condenando prácticamente a este tipo de contratos a la marginalidad. En todo caso para los trabajadores con contratos de jornada reducida el período de cotización operaba en idénticos términos que en los contratos a jornada completa.

f) En un momento posterior en la evolución (el de la publicación en el año 1980 de la LET), cuando se advierte de la utilidad social del contrato con jornada reducida en cuanto vehículo de empleo, se les descarga de su excesivo coste contributivo a la Seguridad Social, y se establece la cotización por horas o días efectivamente trabajados (art. 12 LET).

Ese módulo de cotización, cuando de cotización por horas se trata, nuevo en la Seguridad Social, y que no iba acompañado inicialmente de ninguna previsión respecto del período de cotización, provocaba, como efecto inmediato, una anomalía en el sistema, cuyas previsiones giran en torno al módulo de días de cotización. La aplicación de un período de cotización fijado en días, que se estableció sobre la base de cotización por días, suscitaba la dificultad inicial del acoplamiento en él de una previsión nueva, de cotización por horas. La ecuación inicial, subyacente a la idea del período de cotización, según la cual los días de cotización correspondían a una cotización por días, se alteraba por completo, si, manteniendo el

mismo período de cotización, en cuanto referencia a días de cotización, los días de cotización ya no se correspondían a una cotización por días sino por horas. Con la nueva previsión el período de cotización, sin correctivos, pasaba de tener un contenido unívoco, a tener un contenido dual: el mismo período podía tener un contenido de cotización por días o de cotización por horas.

El período de cotización en su sentido inicial no era, ya se dijo, sino expresión de una carga contributiva mínima al sistema. La prestación solo se devengaba, cuando se había satisfecho el mínimo de contribución del que era función la exigencia del período de cotización.

Para encauzar en el sistema la nueva previsión de la cotización por horas, lo que se hizo (utilizando al respecto de modo inadecuado un sistema de delegación normativa, que va de la LET, art. 12, al Real Decreto 1362/1981, a la Orden Ministerial de 20 de enero de 1982 y a la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 1 de febrero de 1982), fue mantener el módulo inicial de días de cotización, mediante el expediente técnico de convertir, por adición, las horas de cotización en días de cotización, restableciendo así la exigencia de un mismo número de días de cotización, como requisito de acceso a las prestaciones.

En la medida en que el requisito no era sino expone de una determinada carga contributiva, el cómputo del período condicionante se hacía en términos de que la carga contributiva fuera la misma en todo caso.

Desde la óptica constitucional del principio de igualdad el expediente técnico referido suponía igualar dos situaciones, que en principio eran distintas.

La alternativa desde esa óptica, si no operase ese expediente convencional, sería que a la prestación podría accederse a partir de cargas contributivas distintas.

Pero esta segunda alternativa partía de una base: que se daba otro contenido conceptual al requisito del período de cotización, desconectando en él sus dos elementos (período y cotización), de modo que el período se convertía exclusivamente en tiempo de permanencia en el sistema y la cotización en elemento prácticamente intranscendente para el requisito.

g) El expediente técnico referido, por la inconsistencia de su base normativa, se descalificó por la jurisprudencia, con la consecuencia de abrir el acceso a las prestaciones a múltiples situaciones, que en el Ordenamiento precedente no tenían acceso a ellas con el cambio cualitativo del sentido del requisito del período de cotización.

Mas como, según las bases financieras del sistema, éste no era capaz de soportar la sobrecarga de las nuevas prestaciones, se produjo la reacción normativa de introducir ese mismo expediente técnico por medio de una norma de rango suficiente (así se consideró al menos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en este punto nos vincula –art. 123.1 CE–): el Real Decreto 2319/1993, Disposición adicional novena, desde el cual en sus rasgos esenciales (consistentes en convertir, por adición, las horas cotizadas en días cotizados), se mantuvo a través de las ulteriores normas, aunque elevando su rango: Ley 10/1994; Ley 42/1994; Real Decreto 489/1998; Real Decreto-ley. 15/1998 y Real Decreto 144/1999.

3. Entrando ya en el caso actual en los elementos de juicio de igualdad deben hacerse las siguientes consideraciones:

a) El requisito del período de cotización en cuanto exponente de una determinada carga contributiva mínima a un sistema de Seguridad Social de base contributiva, es un requisito, cuya racionalidad lógica y jurídica en el sistema parece irreprochable. Que para llenar el mismo período de cotización exigible, los tiempos de espera (computando estos tiempos de espera como tales, no como períodos de cotización) sean distintos, no es sino consecuencia de las distintas situaciones de partida. En

definitiva, lo que hay es un tratamiento distinto de situaciones en sí diferentes. Pero ese tratamiento no me parece que suscite dificultades desde la óptica del principio constitucional de igualdad. Mas la igualdad de trato se mantiene, si en vez de atender a la idea de tiempo de espera, se atiende a la de «período de cotización».

b) Todo juicio de igualdad respecto de distintas situaciones supone la referencia a un elemento normativo único. En el caso actual ese elemento normativo único, que ha de operar como parámetro del juicio de igualdad, es el requisito «período de cotización». Y no hay diferencias en relación a él, si se parte del sentido atribuido por la Ley en todo caso al «período de cotización», como carga contributiva calculada por días completos de cotización, que es como se concibió en el inicio del sistema de la Seguridad Social, y como, tras el paréntesis que va desde el año 1980 (art. 12 LET en su versión inicial) al Real Decreto 2319/1993, se ha vuelto a configurar a partir de este último Real Decreto.

La hipotética situación de desigualdad toma como parámetro de comparación no el «período de cotización», sino el tiempo de espera a lo largo del cual se ha ido produciendo la cotización. Pero creo que ese parámetro supone una distorsión del sentido legal del requisito, que se toma como canon del juicio. En definitiva, sólo sobre la base de la desnaturalización del sentido legal del «período de cotización» puede llegarse a afirmar, primero, la existencia de una situación de igualdad: la que se da entre los que durante un determinado lapso temporal cotizan sólo por unas horas, y los que en ese mismo lapso temporal cotizan por días; y después, y como derivado de ella, que existe el trato desigual.

c) Como mi criterio es que el «período de cotización» no es, ni puede ser, período de permanencia en el sistema, sino «período de cotización», calculado en días de cotización, creo que no hay tratamiento legal desigual, cuando se exige a todos el mismo «período de cotización», fijado en días, aunque el acceso a ese idéntico requisito se produzca, según las distintas situaciones personales de partida, a lo largo de lapsos temporales distintos.

Y no me parece que los diferentes lapsos temporales precisos para cubrir un mismo «período de carencia», calculado por días, según que se haya cotizado por contratos a tiempo parcial, o por contratos a tiempo completo, incurran en una tacha constitucional desde el elemento de proporcionalidad, pues también la proporcionalidad precisa un índice de cálculo, y nuevamente el índice de cálculo en un requisito que se establece sobre la idea de una carga de contribución, no puede ser el tiempo vacío de contenido, sino el tiempo cotizado.

d) La idea de relacionar conceptualmente dos elementos diferentes de la relación de Seguridad Social («período de carencia» y «base reguladora de la prestación»), para enjuiciar desde el prisma constitucional de la igualdad uno de ellos, no me parece adecuada.

Esa combinación de los dos elementos distintos es la que se da en el planteamiento de la cuestión, cuando se dice que la cotización parcial justifica una base reguladora parcial; pero que la determinación del período de carencia, en el modo en que lo hace la Ley cuestionada, supone una «doble penalización».

Cada elemento tiene su propio sentido en el sistema, y no cabe configurar un requisito (el del «período de cotización») en función de otro, para elaborar un juicio de igualdad en la combinación de los dos, asentado en definitiva desde la idea de la «doble penalización».

Ese modo de razonar, como mecanismo conceptual para responder a alegados agravios comparativos, acaba oponiendo a la lógica del sistema, a su coherencia interna, otra lógica distinta, que no es la elegida por el legislador para construirlo.

Y así, si se dice que es desproporcionado exigir a quien cotiza por media jornada un lapso de tiempo doble que el que cotiza a jornada completa, para cubrir un mismo «período de cotización», convirtiendo en realidad en tal planteamiento el «período de cotización» en tiempo de permanencia en el sistema, por un mecanismo conceptual similar, de combinar elementos distintos del sistema en un orden distinto del que les corresponde en éste, puede decirse que es desproporcionado que quien ha soportado una carga contributiva mayor vea vedado su acceso a la prestación, por no haber cubierto el «período de cotización», en el sentido de días de permanencia en el sistema; mientras que si alcanza la prestación quien con menor carga contributiva ha permanecido más días en él. Tanto uno como otro juicio de proporcionalidad se salen de la lógica interna del sistema, y utilizan criterios de proporcionalidad ajenos al mismo.

Serían muchísimas las situaciones planteables de posibles agravios comparativos, utilizando un criterio como el que se propone en el proyecto, y extrapolándolo al juego de otros requisitos del sistema prestacional.

e) No puede perderse de vista que el sistema de la Seguridad Social se monta sobre una base contributiva, aunque no estrictamente sinalagmática, y sobre todo sobre unas bases explícitas de solidaridad. En ese marco general es fenómeno común que no toda cotización tiene una concreta utilidad para el que la soporta.

Todos los que, cotizando a jornada completa, no llegan, no obstante, a cubrir los períodos de carencia precisos para el devengo de determinadas prestaciones, «pierden» sus cotizaciones sin obtener contraprestación. Y ello, pese a que la suma de sus cotizaciones pueda ser mucho más elevada que la de quienes con las suyas sí llegan a cubrir dichos períodos, y a obtener prestaciones, que los primeros no alcanzan.

La lógica correctora de la sentencia podría proyectarse con argumentos no muy diferentes sobre cualquiera de los aparentes agravios comparativos que pudieran resultar, al no obtener las prestaciones deseadas.

Esas aparentes «pérdidas» de cotizaciones, que serían inaceptables en un sistema de sinalagmaticidad pura, tienen su propia lógica y justificación en un sistema de solidaridad, en el que cada uno cotiza, no para el propio beneficio, sino para el beneficio colectivo; en el que las cotizaciones actuales de los unos son el soporte financiero de las prestaciones actuales de otros; y en el que la acción protectora del sistema se configura sobre la base de contingencias múltiples, para cada una de las cuales se establecen requisitos de mayor o menor rigor, que en relación con cada una de ellas se fijan en términos precisos e iguales.

En un sistema tal cuestionar la constitucionalidad de un requisito de la prestación (el «período de carencia»), partiendo de la distinta onerosidad del mismo en relación con situaciones asimismo distintas, (pues es, a mi juicio, lo que se hace en el proyecto con un magistral discurso jurídico), me parece que es abrir una vía peligrosísima de desintegración del sistema.

4. La consecuencia directa de las precedentes argumentaciones a la hora de afrontar el enjuiciamiento de la imputada discriminación indirecta por razón de sexo, es, a mi juicio, la de que tampoco puede sostenerse ésta, pues, según toda la normativa y jurisprudencia citada en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia, si bien el punto de partida es la afectación mayoritaria a las mujeres, dato que no pongo en cuestión en este caso, no basta con ese solo dato para dar por sentada la discriminación, pues en toda esa normativa y jurisprudencia citada en la Sentencia, a la que desde aquí me remito, se incluye la salvedad de que la disposición, criterio o práctica cuestionadas pueda justificarse objetivamente por una finalidad legi-

tima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Y es cabalmente esa justificación objetiva en razón de la finalidad de las disposiciones cuestionadas y la adecuación del medio utilizado, enjuiciado desde la lógica del sistema de contributividad, lo que, a mi juicio, se da en ese caso, siendo aplicable, en suma, la salvedad de la discriminación que las referidas normativa y jurisprudencia citadas en el Fundamento Jurídico 7 de la Sentencia establecen. Entiendo, así, que el juicio de proporcionalidad de la medida a que se refiere la primera parte del planteamiento de la cuestión, y la de la decisión de nuestra Sentencia, condiciona de modo inmediato la solución a dar al problema de la discriminación indirecta por razón del sexo, pues de que exista (como yo entiendo) o no (como entiende la Sentencia) esa proporcionalidad, depende de que pueda entrar en juego la salvedad a la discriminación (como yo sostengo) o no (según la tesis de la Sentencia).

5. Por todo lo expuesto, en mi criterio se debiera haber desestimado la cuestión de inconstitucionalidad, en tal sentido dejo formulado mi Voto.

Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

1071 *Pleno. Sentencia 254/2004, de 22 de diciembre de 2004. Cuestión de inconstitucionalidad 3066/1999. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horarios comerciales.*

Competencia residual del Estado en materia de comercio interior: infracción y sanción por apertura de establecimiento en domingo o festivo no autorizado. Inconstitucionalidad parcial de ley autonómica. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, doña Elisa Pérez Vera, don Eugenio Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3066/99, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horarios comerciales, por posible vulneración de los arts. 149.1.13 y 149.3 CE. Han intervenido el Letrado de la Comunidad de Madrid, el Abogado del Estado, ambos en la representación que ostentan, y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 13 de julio de 1999 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la Secretaría de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al que se adjuntaba testimonio del recurso contencioso-administrativo núm. 1124/95 y Auto de 6 de julio de 1999, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horario comerciales, por posible infracción de los arts. 149.1.13 y 149.3 de la Constitución.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Alcampo, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra una sanción de multa de 10.450.000 (diez millones cuatrocientas cincuenta mil) pesetas impuesta por Resolución de 22 de marzo de 1995 de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid por apertura de establecimiento en domingo o festivo no autorizado, constitutiva —con arreglo al art. 10 de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de calendario y horario comerciales— de una infracción muy grave a lo dispuesto en el art. 3 de dicha Ley autonómica, en relación con los arts. 1 y 2 del Decreto 64/1994, de 23 de junio, por el que, en desarrollo de aquella Ley, se establecen los días en los que se autoriza la apertura en domingos y festivos de los establecimientos comerciales para el año 1994.

b) Suscitada por la parte actora la posible inconstitucionalidad, por incompetencia, de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, la Sección, mediante providencia de 20 de abril de 1999, acordó requerir a las partes para que presentaran alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión ante este Tribunal. Recurrida en súplica dicha providencia por el Ministerio Fiscal —que alegaba incumplimiento de lo preceptuado en el art. 35.1 LOTC—, la Sección dictó Auto de 24 de mayo de 1999, en el que se expresaba con detalle la duda de constitucionalidad.

c) La Comunidad de Madrid se opuso al planteamiento de la cuestión, la recurrente interesó su planteamiento y el Ministerio Fiscal no se opuso al mismo.

d) Evacuadas las alegaciones de las partes, la Sección, por Auto de 6 de julio de 1999, acuerda el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. El Auto de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad indica que en el proceso *a quo* «se impugna la resolución de fecha 22.3.1995 de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid que impuso a la actora una sanción de multa por importe de 10.450.000,—ptas. por apertura de establecimiento en domingo o festivo no autorizado, lo que constituye, de acuerdo con el art. 10 de la Ley 4/1994 de 6.6, de la Comunidad de Madrid, de calendario y horario comerciales (BOCAM 16.6.94), una infracción muy grave a lo dispuesto en el art. 3 de dicha Ley en relación con los arts. 1 y 2 del Decreto 64/1994». A continuación pone de manifiesto que la Ley 4/1994, de 6 de junio, de calendario de horarios comerciales, estableció, para el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, y de acuerdo con el marco dispuesto por los arts. 2 y 3 del Real Decreto-ley 22/1993, de 29 de diciembre, por el que se establecen las bases para la regulación de horarios comerciales, la regulación del horario y de los domingos y días festivos en que los comercios pueden estar abiertos al público.

Tras ello el órgano judicial señala que dicha Ley 4/1994 se dicta, según su preámbulo, en ejercicio de las competencias asumidas por la Comunidad de Madrid en las siguientes materias: «fomento del desarrollo económico