nº 21 (4º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La vulneración del derecho de igualdad y de la prohibición de discriminación sexista en el cálculo de la pensión de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial

Infringement of right to equality and prohibition of gender discrimination in calculation of retirement pensions for part-time workers

MARÍA ANGUSTIAS BENITO BENÍTEZ
PROFESORA SUSTITUTA INTERINA (ACREDITADA COMO CONTRATADA DOCTORA)
DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

Resumen

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha afrontado un nuevo cuestionamiento de su regulación. La reforma llevada a cabo tras la STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno (C‑385/11) y la STC núm. 61/2013 de 14 de marzo (a través de la Ley 1/2014, de 28 de febrero), introducía elementos cuestionables como el ahora discutido: el método de cálculo de la pensión de jubilación del trabajo a tiempo parcial establecido en el artículo 248.3 LGSS. El estudio aborda la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto Villar Láiz (C-161/18), y la STC núm. 91/2019 de 3 de julio, que han declarado que la diferencia de trato establecida por el precepto mencionado conlleva una discriminación indirecta por razón de sexo.

Abstract

The social protection of part-time workers has faced a new questioning of their regulation. The reform carried out after the STJUE of November 22, 2012, Elbal Moreno case (C-385/11) and STC no. 61/2013 of March 14 (through Law 1/2014, of February 28), introduced questionable elements such as the one now discussed: the method of calculating the part-time retirement pension established in Article 248.3 LGSS. The study addresses the STJUE of May 8, 2019, Villar Láiz case (C-161/18), and STC no. 91/2019 of July 03, which have stated that the difference in treatment established by the aforementioned precept entails indirect discrimination based on sex.

Palabras clave

Seguridad Social; jubilación; igualdad; discriminación sexista

Keywords

Social Security; retirement; equality; sexist discrimination

1. UN BREVE RECORRIDO POR LA REGULACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: LA AGONÍA PROVOCADA POR MÚLTIPLES REFORMAS

El cuestionamiento de la formulación de la seguridad social del trabajo a tiempo parcial es una sombra demasiado extensa en nuestro ordenamiento, caracterizada por una pugna constante entre el legislador y los pronunciamientos judiciales.

Fecha Recepción: 12-9-2019 – Fecha Revisión: 28-10-2019 – Fecha Aceptación: 5-11-2019
Pag. 153-161

La primera resolución sería la STC 253/2004, de 22 de diciembre[1], que declararía inconstitucional la regla por la cual "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" (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)[2]. Desde entonces, surgiría la crítica de la doble proporcionalidad que se ha mantenido hasta la actualidad. No obstante, la regla anterior no era aplicable a todas las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, pues para las prestaciones por desempleo el artículo 3.4 del RD 625/1985, de 2 de abril[3], 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 y que ha sido superada recientemente, como tendremos ocasión de señalar.

Con carácter previo a la STC 253/2004, de 22 de diciembre, y por actuación del RD 15/1998 de 27 de noviembre[4], se introduciría ciertas medidas «con objeto de hacer compatibles el principio de contributividad propio del sistema de Seguridad Social con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial», tal y como declaraba su Exposición de Motivos. Se trataba de dulcificar/facilitar el acceso a las pensiones jubilación e incapacidad permanente, aplicando un coeficiente multiplicador de 1.5 del que resultaba el número de días considerados acreditados para la determinación de los periodos mínimos de cotización. Por lo que, cuando llegó el pronunciamiento del TC se entendió que con tales reformas se daba satisfacción al fallo de inconstitucionalidad.

Sin embargo, la proporcionalidad que persistía en el periodo de carencia, aun corregida, continuaba imponiendo una exigencia desproporcionada a los trabajadores a tiempo parcial. Por lo que, pese a que el legislador no se consideró obligado a abordar nuevas modificaciones, lo cierto es que con posterioridad a la STC 253/2004, de 22 de diciembre, se plantearon nuevas cuestiones. No obstante, tendríamos que esperar hasta el 2012, con la STJUE de 22 de noviembre, asunto Elbal Moreno (C-385/11), seguida por la STC 61/2013, de 14 de marzo[5], para obligar al legislador a abordar una nueva formulación de la seguridad social del trabajo a tiempo parcial que se esperaba fuera definitiva.

La reforma legal[6] daría lugar al coeficiente global de parcialidad que calcula la parcialidad del trabajador a lo largo de su carrera profesional fijando la carencia que será

[1] STC núm. 253/2004, de 22 de diciembre (Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 2045/1998).

[2] La Resolución de 1 de febrero de 1982, sobre afiliación y prestaciones de los trabajadores contratados a tiempo parcial, 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, esta 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.

[3] Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

[4] RD-L 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.

[5] STC núm. 61/2013, de14 de marzo (cuestión de inconstitucionalidad núm. 5862/2003).

[6] En primer lugar, por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, luego por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

exigida a cada trabajador, esto es, se personaliza un requisito hasta entonces genérico para todos los potenciales beneficiarios. Se lograba configurar una proporcionalidad que no ocasionara efectos desproporcionados en el acceso a las pensiones. Pero dado que el TJUE había puesto de manifiesto que la proporcionalidad debería reflejarse únicamente en la cuantía de la pensión a recibir, se podría haber extendido a las jornadas parciales las reglas de cómputo previstas para el trabajo a tiempo completo.

Sin embargo, con esta solución se lograría mantener la conexión entre los dos planos en disputa, estos son, el período de cotización y el cálculo de las bases reguladoras a los efectos de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente siendo el elemento de enlace, el porcentaje aplicable a la base reguladora, pues para su determinación se tomarán los días cotizados resultantes de las operaciones llevadas a cabo en el periodo de carencia (art. 247 LGSS).

2. EL CUESTIONAMIENTO DE LA NORMA DISCUTIDA: EL CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN

El art. 248.3 párrafo primero dispone que para determinar la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, se tendrán en cuenta el número de días cotizados que hayan resultado de lo establecido en las normas relativas al cómputo de los periodos de cotización previstas en el art 247 LGSS, esto es, aplicando el coeficiente de parcialidad y el coeficiente global de parcialidad. No obstante, y para evitar que la proporcionalidad sobre el cálculo de la cuantía de la pensión sea cuestionada, decide el legislador introducir una medida correctora que suaviza el alcance de la nueva doble dimensión de la proporcionalidad. En efecto, se dispone que el número de días cotizados que arroje ese cálculo se incrementará con la aplicación de un coeficiente de 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al de los días por los que se cotizara efectivamente.

Tal coeficiente ya existía, pero con una funcionalidad diferente, pues antes "se dirigía a suavizar la exigencia de carencia, mientras que ahora se proyecta sobre la cuantía de la pensión"[7]. Esto último es importante subrayarlo: la proporcionalidad no sólo despliega efectos por la conexión entre retribuciones y cotización, sino que además su virtualidad alcanza a la determinación de otro de los elementos que intervienen en la fijación de la cuantía, el porcentaje aplicable. De modo que, ahora, la doble proporcionalidad se plantea, una vez que resulta admisible la aplicable a la carencia, en el cálculo de la cuantía de la protección a disfrutar: en la base reguladora per se, y en el porcentaje que se aplicará a la misma.

Por lo tanto, pese a permitir el acceso con periodos cotizados inferiores a 15 años, en la determinación del tipo los distintos coeficientes dependerán para los trabajadores a tiempo parcial de los mismos periodos de cotización exigible a los trabajadores a tiempo completo. Esto implica que el legislador asume que la parcialidad del trabajador puede generar la no acreditación de los 15 años de cotización que permite la aplicación del 50% –como primer coeficiente aplicable tras el reconocimiento de la pensión–, y que por ello se altere este

[7] LOUSADA AROCHENA, J.F., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, Tecnos, 2016, p.144.

elemento permitiendo que el mismo sea inferior: "cuando el interesado acredite un período de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años". Se introduce con esta precisión normativa una ruptura con el modelo tradicionalmente mantenido, pues el acceso a la pensión no va unido a la aplicación del 50%, excluyéndose, por tanto, en el empleo a tiempo parcial esa garantía. Por vez primera vez se permite el reconocimiento de pensiones de jubilación que no alcanzan el 50% de la base reguladora. La doctrina propuso que la configuración de este porcentaje fuese más congruente con el principio de proporcionalidad, demandando que "hubiera sido más equitativo utilizar el propio coeficiente global de parcialidad también para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora"[8].

Se garantiza en todo caso la cuantía mínima de las pensiones, de forma que, si la pensión causada resultara inferior al importe de la pensión mínima vigente en cada momento, y reuniendo el resto de los requisitos (carencia de otros ingresos o rentas), se reconocerá el complemento necesario para alcanzar la cuantía mínima establecida, si bien, la cuantía del complemento no podrá superar la prevista para las pensiones no contributivas[9]. Por lo tanto, de la propia configuración de los complementos por mínimos, puede resultar que no se pueda garantizar plenamente, sustancialmente, la pensión mínima prevista para la pensión contributiva.

El coeficiente multiplicador beneficia a la totalidad de los trabajadores a tiempo parcial que cumplan con la carencia, neutralizando el perjuicio, y asimilando a los trabajadores a tiempo completo a aquellos cuya jornada sea de dos tercios o más[10]. Sin embargo, pese al beneficio, lo cierto es que desde su incorporación generaba ciertas dudas, y la crítica hacia un legislador reacio a ofrecer una regulación que acabara con todas las dudas desde la óptica de la igualdad[11].

[8] "Es decir, aplicar, a partir del número entero 1, unas centésimas adicionales inversas al coeficiente de parcialidad. Por seguir con los ejemplos anteriormente expresados, en el caso de que el coeficiente total de parcialidad fuera del 60% derivado de un coeficiente de parcialidad del 20% que da lugar a un resultado de 1.000 días acreditados a tiempo parcial, a esos 1.000 días habría que aplicarles un porcentaje del 1'80. Y, si del 86% derivado de un coeficiente de parcialidad de un 50% que da lugar a esos mismos 1.000 días, a éstos se les aplicaría un porcentaje del 1,50. De tal modo que por supuesto, nunca pudiese trascenderse el 100% de la pensión, salvo los conocidos casos de incentivo en el retraso de la edad de jubilación. Esta sería una regla mucho más equitativa, porque el 1,5 expresado por la norma favorece desproporcionadamente a los trabajadores con un coeficiente de parcialidad alto y perjudica los trabajadores con un coeficiente de parcialidad bajo" CABEZA PEREIRO, J.C, "Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social", *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2014.

[9] El art. 59.2 LGSS: "el importe de dichos complementos en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez. Cuando exista cónyuge a cargo del pensionista, el importe de tales complementos no podrá rebasar la cuantía que correspondería a la pensión no contributiva por aplicación de lo establecido en el artículo 364.1.a) para las unidades económicas en las que concurran dos beneficiarios con derecho a pensión".

[10] LOUSADA AROCHENA, J.F., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, *op.cit*., p.144.

[11] Es ilustrativo los datos que ofrecía ROQUETA BUJ, R. "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial tras el Real Decreto-Ley 11/2013", *Actualidad Laboral,* núm. 3, 2014.

(...)

3. LA IGUALDAD DE TRATO Y LA DISCRIMINACIÓN SEXISTA: UN *DÉJÀ VU* EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Con la doctrina científica cuestionando tal formulación era previsible su discusión en sede judicial y, como sucediera con el periodo de carencia, la primera reacción llegaría del TJUE seguida, prontamente, del TC.

En la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto Villar Láiz (C-161/18), el INSS reconoció una pensión de jubilación en un importe para cuyo cálculo se aplicó un porcentaje del 53%. La solicitante consideró que, para calcular el importe de su pensión de jubilación, se aplicara un porcentaje superior (del 80,04%) defendiendo que los períodos en que trabajó a tiempo parcial fueran tomados en consideración del mismo modo en que hubieran sido tratados de haber sido períodos de trabajo a tiempo completo. Tras desestimarse su solicitud, la Sra. Villar Láiz presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social competente en la que alegaba que la diferencia de trato establecida por la normativa nacional daba lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres. Sin embargo, sería desestimada en instancia por considerar el órgano judicial que el trato dispensado a los trabajadores a tiempo parcial a efectos del cálculo de la pensión de jubilación no constituía una discriminación, ya que la fórmula aplicada tiene por finalidad adaptar el cálculo a las cotizaciones realizadas, con arreglo al principio de *pro rata temporis*. Tras recurrir en suplicación el órgano *ad quem* plantearía, mediante auto de 17 de enero de 2018, la cuestión prejudicial.

El cuestionamiento de la norma a nivel europeo dependerá, una vez más, únicamente de la compatibilidad de la normativa nacional con la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, dado que no cabe su análisis respecto al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997) pues la pensión discutida no se encuentra incluida en su ámbito de aplicación. Para la constatación de la vulneración de la norma europea, en primer lugar, se deberá acreditar si la misma genera un impacto adverso contrario a la prohibición de la discriminación sexista y, en segundo lugar, si la formulación del elemento discutido responde al objetivo legítimo de salvaguardar la sostenibilidad del sistema de seguridad social contributivo.

Porcentajes aplicables a la pensión de jubilación del trabajador a tiempo parcial en alta durante 15 años			
Coeficiente global de parcialidad	Días de cotización acreditados	Aplicación del coeficiente multiplicador	Porcentaje de la pensión de jubilación
0,1	547,4	821,1	7,49%
0,2	1.095	1.642,5	15%
0,3	1.642	2.463	22,49%
0,4	2.190	3.285	30%
0,5	2.737	4.105,5	37,49%
0,6	3.285	4.927,5	45%
0,7	3.832	5.475	50%
0,8	4.380	5.475	50%
0,9	4.927	5.475	50%

Corresponde al juez nacional la determinación de la afectación femenina mayoritaria, señalando el TJUE que para ello deberá utilizar datos estadísticos que "representen la situación de la mano de obra, son válidos y si se pueden tomar en consideración, es decir, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos". Recordemos que, desde la STJUE de 14 de abril del 2015, en el asunto Cachaldora Fernández (C-527/13), en la que se discutía la formulación del mecanismo de integración de lagunas español para el trabajo a tiempo parcial, se viene a endurecer los datos que permiten acreditar el impacto adverso. Para el TJUE no sería suficiente la mayor presencia de mujeres en el empleo parcial, sino que es exigible además la acreditación de que el elemento discutido repercute, en efecto, en una mayor proporción al colectivo femenino. En tal caso no se consideró acreditado el impacto adverso, ni tampoco por nuestro TC (que se pronunció sobre la materia en la sentencia núm. 156/2014, de 25 de diciembre[12]), si bien mantenemos, como lo hace la doctrina especializada, que la solución dada es injusta y arbitraria, no quedando la cuestión "ni mucho menos cerrada"[13].

En el supuesto objeto de debate, el órgano remitente indicaba que esta regulación "tiene como consecuencia que, en el supuesto de períodos de trabajo a tiempo parcial, el Derecho español produce, en la mayoría de los casos, efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, y solo en algunos casos minoritarios esos efectos son neutros, cuando el coeficiente de parcialidad sea superior o igual a dos tercios del trabajo a tiempo completo".

El Gobierno español sostuvo que, del total de los expedientes de pensión de jubilación tramitados y resueltos favorablemente por el INSS durante los años que van desde 2014 hasta 2017 –y en los que se han tomado en consideración períodos trabajados y cotizados a tiempo parcial, teniendo en cuenta el índice global de parcialidad– cerca del 60% se referían a mujeres y cerca del 40% a hombres. Además, por lo que se refiere al grupo de trabajadores específicamente afectados por las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal, respecto del 65% de los trabajadores a tiempo parcial –esto es, los que han trabajado, de media, menos de dos tercios de la jornada ordinaria de un trabajador a tiempo completo–, el porcentaje aplicable a su base reguladora es inferior al aplicable a la base reguladora de los trabajadores a tiempo completo. De lo anterior se deduce que los trabajadores a tiempo parcial reducido sufren una desventaja como consecuencia de la aplicación de dicho porcentaje.

Como decíamos, la determinación del impacto adverso es una cuestión que deberá estimar el órgano nacional. Partiendo de la presunción de que así lo hará, el TJUE pasa al segundo filtro, es decir, si la configuración de la medida se justifica en salvaguardarla sostenibilidad del sistema de seguridad social contributivo, no existiendo desproporcionalidad en su formulación para alcanzar dicho fin. Y sobre esto, el TJUE considera que el "primer elemento –esto es, el hecho de que la base reguladora de un trabajador a tiempo parcial sea inferior, en cuanto contrapartida de una prestación de trabajo de menor entidad, a la base reguladora de un trabajador a tiempo completo comparable– permite ya lograr el objetivo perseguido que consiste, en particular, en la salvaguardia del

[12] STC núm. 156/2014, de 25 de diciembre (cuestión de inconstitucionalidad núm. 3361/2012).

[13] LOUSADA AROCHENA, J.F., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, *op.cit*., p.162.

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

Por su parte, el TC en el seno del recurso de amparo planteado en relación con el precepto cuestionado, promovió una cuestión interna de inconstitucionalidad, permaneciendo aquél suspendido hasta su resolución. Mediante sentencia de 3 de julio de 2019[14], el TC decide declarar la inconstitucionalidad de la norma discutida tanto por vulnerar el derecho de igualdad como por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo. No descarta el Tribunal ninguna de las dos tutelas para cuestionar la norma. Al respecto, la doctrina ha subrayado la importancia "de no prescindir de ninguna de las tutelas antidiscriminatorias concurrentes cuando se analicen las desigualdades de trato en el ámbito del trabajo atípico, complementando ambas para llegar a un mayor contenido protector, y conjurando el riesgo de debilitación mutua a través de una interferencia desventajosa y el riesgo de invisibilizar una tutela con la otra y, en particular, la tutela de la discriminación sexista indirecta con la tutela del trabajo a tiempo parcial"[15].

En primer lugar, somete el precepto cuestionado al derecho a la igualdad entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, retornando nuevamente al mismo punto de partida: el desigual tratamiento que la carencia recibe, en cuanto al cómputo de las cotizaciones, para cada categoría de trabajador. Desde luego que la carencia persigue múltiples objetivos, entre ellos, evitar la repentina irrupción en el sistema en búsqueda de protección, y a su vez, condicionar su acceso, y la intensidad de la acción protectora[16], si bien en su formulación no podrá admitirse tratamientos diferenciados sin concurrir la necesaria justificación. El TC realiza un recorrido por las diversas sentencias nacionales y del TJUE recaídas sobre la materia, entre ellas, la STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto Espadas Recio (asunto C-98/15), que declaró contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, el artículo 3.4 del RD 625/1985, de 2 de abril, según el cual, a los efectos del acceso y duración de la prestación por desempleo, cada día trabajado se computaba como día cotizado, cualquiera que hubiese sido la duración de la jornada, lo que creaba una diferencia de trato entre trabajo a tiempo parcial vertical y trabajo a tiempo parcial horizontal. Este pronunciamiento generó la reforma del precepto mencionado[17].

[14] STC núm. 91/2019de 3 de julio (cuestión de inconstitucionalidad núm. 688/2019).

[15] LOUSADA AROCHENA, J.F. *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 254.

[16] ARAGÓN GÓMEZ, C. *La prestación contributiva de Seguridad Social*, Thomson Reuters, 2013, pp. 236-241.

[17] Modificado por el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, indicando ahora el precepto que: "cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computará el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Se excluyen de dicho cómputo los períodos de inactividad productiva a los que se refiere el artículo 267.1.d) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social".

Si bien limitando su decisión a la norma cuestionada, el TC reitera la doctrina ya consolidada: la proporcionalidad únicamente se justifica en la base reguladora, pues de acuerdo con el tiempo efectivamente trabajado se obtiene una retribución acorde, y a su vez conforme a esa cantidad se han ido practicando las correspondientes cotizaciones al sistema de Seguridad Social, materializándose su contribución al mismo. De acuerdo con ese esfuerzo contributivo, se tiene después derecho a una base reguladora equivalente para la pensión de jubilación. Se cuestiona por ello, el tratamiento diferenciado en el cómputo de los periodos de cotización pues considera que "es evidente que, con este método de cálculo, el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo". Y, pese a la previsión del coeficiente multiplicador, afirma que de tal regulación "deriva no solamente una diferencia de trato en la fijación del periodo de cotización, para unos de manera natural, en función del tiempo real (trabajadores a tiempo completo) y para otros artificialmente a partir de un valor reductor (trabajadores a tiempo parcial), sino que el método así implementado castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo". Como se observa, de nuevo, el debate pivota sobre qué debe entenderse por carencia, y de la conceptualización que se mantenga no cabe mantener un trato desigual si no existe una justificación objetiva y razonable. Y así lo entiende el TC: "los periodos de tiempo con contrato vigente a tiempo parcial, no son tratados de igual modo que cuando se trata de trabajadores a tiempo completo", pues a estos no se les aplica ningún coeficiente reductor. Los principios de contribución al sistema, proporcionalidad y equidad ya están salvaguardados con el método de cálculo de la base reguladora (a partir de la base de cotización) y no dejan de estarlo porque el trabajador a tiempo parcial vea reconocido todo el tiempo de cotización de sus contratos en alta», sin que se haya explicado la razón de tal tratamiento diferenciado.

La formulación del elemento discutido planteaba, además, dudas desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de sexo, en su dimensión indirecta. Con carácter previo al examen del fondo, solventa el TC la oposición a la apreciación de la discriminación indirecta por razón de sexo (planteada por el abogado del Estado y la letrada de la administración de la Seguridad Social) en base a que se trata de una cuestión no planteada en el recurso de amparo puesto que el demandante pertenece al sexo masculino, recordando la solución alcanzada por el propio TC en su sentencia núm. 156/2014, de 25 de septiembre (relativa a la formulación del mecanismo de integración de lagunas para el trabajo a tiempo parcial), en la que procedió a la inadmisibilidad de la cuestión en un supuesto en el que el demandante también era varón, y en el que consideró que no procede entrar a valorar si la norma cuestionada es discriminatoria por razón de sexo, porque supondría un control abstracto de la norma y una desconexión con el litigio *a quo*. Resuelve ahora el TC en sentido favorable, incorporando en su análisis la posible vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo al considerar que la cuestión interna de inconstitucionalidad no estaba constreñida por la demanda de amparo, tanto porque la cuestión de inconstitucionalidad la planteaba directamente aquella Sala, ex art. 55.2 LOTC, como porque subsidiariamente cabría siempre su ampliación por la vía del art. 39.2 LOTC. Señala, además, que "aunque el recurrente del proceso *a quo* no fuera una mujer, la norma cuestionada resultaba de aplicación universal para todos los trabajadores a tiempo parcial y, desde luego, le fue aplicada al demandante de amparo, según se recogía en los antecedentes y

en el fundamento jurídico 5 de dicha resolución. Por tanto, es patente la relevancia que tiene el precepto que aquí se cuestiona para la resolución del recurso de amparo en el que se han suscitado dudas sobre su constitucionalidad".

Para abordar el análisis de la posible discriminación indirecta por razón de sexo, indica el TC que el mismo "pasa necesariamente por atender a los datos revelados por la estadística". El TC acredita el impacto adverso manejando como datos aquellos que reflejan el porcentaje de mujeres y de hombres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial –"concretamente, en el primer trimestre de 2018, los hombres representaban el 23,50 por cien y las mujeres el 76,49 por cien. En el segundo trimestre de 2018, los hombres eran el 24,07 por cien y las mujeres el 75,93 por cien, mientras que en el tercer trimestre de 2018 –último dato disponible cuando se promovió la cuestión interna de constitucionalidad– los hombres eran el 24,41 por cien y las mujeres el 75,59 por cien"–, sin que sea necesario acudir a datos más específicos sobre la repercusión femenina que genera el elemento discutido, alejándose por ello del endurecimiento de la prueba que exige el TJUE.

4. UN NUEVO RETOQUE EN UNA CUESTIONABLE REFORMA POR GOTEO

La estimación de la inconstitucionalidad del precepto cuestionado obliga al legislador a abordar una reforma, de la que tan sólo cabe esperar cuál será su alcance. El TC deja claro que:

- La nulidad afecta únicamente a la remisión que el párrafo primero del apartado tercero del artículo 248 LGSS realiza, en relación con la determinación de las cuantías de las pensiones de jubilación, al segundo párrafo de la letra a) del artículo 247 LGSS, bastando para ello declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "de jubilación y" que se contiene en el mencionado art. 248 LGSS. Ello implica que se excluye a la pensión de incapacidad permanente, para las cuales queda intacto la determinación de la cuantía en función de la fórmula cuestionada.

- El alcance de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad queda modulado, pues, debe preservarse la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por lo que sus efectos no se extenderán en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes.

Las entidades gestoras de la Seguridad Social han comenzado a calcular las pensiones de jubilación tomando en consideración días naturales y a revisar aquellas cuya resolución no sea firme, a la espera de las modificaciones normativas que exige el cumplimiento de ambos pronunciamientos en el sentido ya apuntado. Esta es la reforma requerida, pero no la que se ambiciona, pues dada la argumentación utilizada tanto por el TJUE como por el TC, esencialmente en cuanto que el efecto de la reducción sobre la base reguladora permite lograr el objetivo de salvaguardia del sistema de seguridad contributivo, autoriza seguir cuestionando la consideración de la parcialidad para el cómputo de carencia a todos los efectos, esto es, tanto en el acceso como la intensidad protectora, siendo, por lo demás, difícil de admitir soluciones diversas para cada uno de estos elementos de los que resulta la pensión a percibir. En definitiva, estamos ante una nueva oportunidad para seguir corrigiendo aquellos elementos que generan la brecha de género en el sistema de Seguridad Social.