

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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