



Roj: **ATSJ CL 37/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:37A**

Id Cendoj: **47186340012018200005**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **1857/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **ATSJ CL 37/2018,**
PTJUE 124/2019,
STSJ CL 2914/2019

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.

VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax:983.25.42.04

Equipo/usuario: MAH

NIG: 47186 44 4 2017 0001196

Modelo: N04150

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION 0001857 /2017 R.L.

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000299 /2017

JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de VALLADOLID

Recurrente/s: D^a Mariana

Abogado/a: ROSA MARIA GIL LOPEZ

Procurador/a: Graduado/a Social:

Recurrido/s: INSS Y TGSS INSS Y TGSS

Abogado/a: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Procurador/a: Graduado/a Social:

Ilmos. Sres. Recurso nº: 1857/2017 R.L.

D^a M^a Carmen Escuadra Bueno Presidente acctal. de la Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

Rafael Antonio López Parada/

En Valladolid a diecisiete de Enero de dos mil dieciocho.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado el siguiente

AUTO

En el Recurso de Suplicación núm. 1857 de 2.017, interpuesto por D^a Mariana . contra sentencia del Juzgado de lo Social N^o 4 de Valladolid en el Procedimiento Seguridad Social n^o 299/2017 de fecha 30 de Junio de 2017, en demanda promovida por D^a Mariana contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre JUBILACIÓN, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D^a Mariana a. solicitó pensión de jubilación de la Seguridad Social, que le fue reconocida con fecha de efectos de 1 de octubre de 2016, calculando la misma mediante la aplicación a la base reguladora de un porcentaje, en función de los años cotizados, del 53%

SEGUNDO.- D^a Mariana a. ha trabajado y cotizado a la Seguridad Social a tiempo parcial durante una parte importante de su vida laboral. Reclama que el porcentaje que se aplique sobre la base reguladora sea del 80,04%, tomando en consideración, para calcular el porcentaje aplicable sobre la base reguladora, todos los periodos trabajados de la misma manera como se haría si hubiera trabajado a tiempo completo durante toda su vida laboral

TERCERO.- Habiéndole sido denegada dicha forma de cálculo de la pensión, presentó demanda judicial, que fue turnada al Juzgado de lo Social número cuatro de Valladolid, tramitándose bajo el número de autos 299/2017. En la misma alegaba que la diferencia de trato en la forma de cálculo de la pensión de jubilación por razón de haber trabajado a tiempo parcial parte de su vida laboral, en relación con la forma en que se calcularía si hubiera trabajado toda su vida a tiempo completo, es contraria al principio constitucional de igualdad e introduce una discriminación por razón de sexo. El 30 de junio de 2017 el Magistrado de lo Social del Juzgado de lo Social número cuatro de Valladolid dictó sentencia en la que desestimó la demanda, considerando que no se produce discriminación alguna por razón de sexo por la diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial en el cálculo de la pensión de jubilación, dado que la fórmula aplicada tiene por objeto ajustar el cálculo a las contribuciones efectuadas, con arreglo al principio de contributividad y proporcionalidad

CUARTO.- La sentencia del Juzgado de lo Social ha sido recurrida en suplicación ante esta Sala por D^a Mariana a. Esta Sala considera que, aunque por su cuantía la sentencia no sería en principio susceptible de recurso de suplicación, sí lo es en este caso dado que el conflicto que se plantea, esto es, la diferencia de trato en el acceso y cálculo a las prestaciones de Seguridad Social por razón del trabajo a tiempo parcial y su carácter discriminatorio por razón de sexo afecta a un gran número (cada vez mayor) de beneficiarios del sistema de Seguridad Social, especialmente mujeres, y es objeto de una elevada y frecuente litigiosidad judicial, que ha dado a numerosos pronunciamientos judiciales, incluidas varias sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que el recurso está amparado en la letra b del número 3 del artículo 191 de la Ley de la Jurisdicción Social, habiendo sido admitido a trámite

QUINTO.- Para resolver el recurso es preciso aplicar una norma del Derecho de la Unión Europea, en concreto la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. De conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden pedir, mediante cuestión prejudicial, al Tribunal que se pronuncie en tal sentido, si estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo". Y por ello, conforme al artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial , esta Sala acordó suspender la tramitación del procedimiento y dar audiencia a las partes para que en el plazo común e improrrogable de diez días alegasen lo que a su derecho conviniera sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ambas partes del proceso se han manifestado al respecto, expresando las dos su conformidad con la necesidad de plantear cuestión prejudicial sobre las que se les pedía alegaciones

RAZONAMIENTOS JURÍDICO

ÚNICO.- El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del



Tratado y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo

En el presente supuesto es preciso para resolver el litigio determinar la correcta interpretación y aplicación al caso de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en concreto de su artículo 4, apartado 1, que dispone que el principio de igualdad de trato debe suponer la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo, entre otras materias, al cálculo de las prestaciones de Seguridad Social

No estamos ante una cuestión clara conforme a la definición dada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 6 de octubre de 1982, CILFIT y 15 de septiembre de 2005, C-495/03, Intermodal Transports BV), puesto que no se trata de cuestión que, conforme al conocimiento de esta Sala, haya sido ya resuelta con anterioridad por el Tribunal de Justicia, al menos en relación con el concreto aspecto del cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto. Por otra parte la interpretación de la Directiva en el caso concreto no aparece a este órgano judicial como evidente y carente de toda duda. La cuestión prejudicial constituye un instrumento de cooperación destinado a garantizar el acierto en la interpretación del Derecho Europeo, siendo facultad del órgano judicial su uso, salvo en aquellos supuestos en los que esté obligado a su planteamiento, esto es, cuando sea solicitado por alguna de las partes y contra la sentencia que se vaya a dictar no quepa recurso. En este caso, aunque ninguna de las partes solicitó el planteamiento de la cuestión, todas han mostrado su conformidad con el planteamiento de la misma cuando les ha sido consultada tal posibilidad por este tribunal

Por tanto, siendo necesario resolver con carácter previo, para dictar sentencia en el presente procedimiento, determinadas cuestiones interpretativas de normas del Derecho de la Unión Europea y vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

LA SALA ACUERD

Suspender la tramitación del recurso de suplicación número 1857/2017 para elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones, en base a la fundamentación que después se desarrolla

a) De acuerdo con el Derecho español para calcular la pensión de jubilación debe aplicarse a la base reguladora calculada sobre los salarios de los últimos años un porcentaje que está en función del número de años cotizados durante toda la vida laboral. ¿Debe considerarse que una norma de Derecho interno, como es la contenida en los artículos 247.a y 248.3 de la Ley General de la Seguridad Social, que reduce el número de años computables para aplicar el porcentaje en el caso de periodos trabajados a tiempo parcial, es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social?. ¿Exige el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE que el número de años cotizados tomados en consideración para fijar el porcentaje aplicable al cálculo de la pensión de jubilación se determine de la misma manera para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial?

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

FUNDAMENTACIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIA

I. Hechos del procedimiento principal

PRIMERO.- D^a Mariana a. solicitó pensión de jubilación de la Seguridad Social, que le fue reconocida con fecha de efectos de 1 de octubre de 2016, siendo calculado el importe de la misma mediante la aplicación a la base reguladora de un porcentaje, en función de los años cotizados durante la vida laboral de la trabajadora, del 53%

SEGUNDO.- D^a Mariana a. ha trabajado y cotizado a la Seguridad Social a tiempo completo los periodos desde el 3 de octubre al 6 de noviembre de 1969 y desde el 4 de noviembre de 1979 al 7 de julio de 1980. También ha trabajado y cotizado los siguientes periodos a tiempo parcial

Régimen Desde Hasta Coef Parcial Tiemp



General 11.04.1987 02.01.1988 50,
General 16.11.1989 30.04.1998 07,
General 01.05.1998 31.12.1998 07,
General 01.01.1999 27.01.2003 07,
General 28.01.2003 29.02.2004 08,
General 01.03.2004 30.09.2009 08,

Posteriormente ha cotizado a la Seguridad Social mediante convenio especial por los periodos de 1 de marzo de 2004 a 30 de septiembre de 2009 y de 12 de febrero de 2010 a 30 de septiembre de 2016

Por tanto durante una parte importante de su vida laboral trabajó a tiempo parcial con los porcentajes de parcialidad que se indican para cada periodo. Reclama que el porcentaje que se aplique sobre la base reguladora sea del 80,04%, tomando en consideración todos los periodos trabajados, como se haría si hubiera trabajado a tiempo completo durante toda su vida laboral

TERCERO.- Es un hecho notorio que en España el porcentaje de mujeres contratadas a tiempo parcial es muy superior al de hombres contratados a tiempo parcial y que dentro del colectivo de trabajadores a tiempo parcial es muy mayoritario el número de mujeres. En concreto y según la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística correspondiente al tercer trimestre de 2017, el total de asalariados en España es de 15.906.700, siendo hombres 8.332.000 y 7.574.600 mujeres. El número de asalariados a tiempo parcial total en el mismo periodo es de 2.460.200 (un 15,47% del total de asalariados), siendo 613.700 hombres (un 7,37% del total de hombres asalariados) y 1.846.500 mujeres (un 24,38% del total de mujeres asalariadas). Esto es, del total de trabajadores a tiempo parcial en el tercer trimestre de 2017, un 75% eran mujeres

II. Marco jurídico

A) Normativa española

PRIMERO.- En España con carácter general la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social se calcula aplicando a una base reguladora o salario regulador (cuya cuantía resulta del promedio de los salarios por los que se haya cotizado en una serie de años anteriores a la jubilación), un determinado porcentaje que se establece en función del número de años cotizados a lo largo de la vida laboral

Pensión de jubilación = Base reguladora x porcentaje según años cotizado

La base reguladora se calcula haciendo un promedio de las bases de cotización de los 25 años anteriores a la jubilación (artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social), si bien en el año 2016, en aplicación de la disposición transitoria octava de la Ley General de la Seguridad Social , solamente se promedian los salarios de los 19 años anteriores a la jubilación

A su vez las bases de cotización son las que corresponden a los salarios reales percibidos (o los que el trabajador tenga derecho a percibir si fueran superiores), de acuerdo con el artículo 147 de la Ley General de la Seguridad Social , pero aplicando unos límites mínimo y máximo fijados por las normas reglamentarias. El límite mínimo equivale al salario mínimo legal a tiempo completo. Para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación, las bases de cotización se actualizan con el índice de precios al consumo hasta 24 meses antes de la jubilación (artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social)

Una vez calculada la base reguladora, para establecer el importe de la pensión de jubilación se aplica sobre la misma un porcentaje que está determinado por el número de años cotizados (artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social). Por los primeros 15 años cotizados se aplica un 50% y a partir de ese momento, por cada mes adicional, se aplica un 0,19% hasta el mes 248 y un 0,18% por los restantes, sin que pueda superarse el 100% de la base reguladora, salvo en determinados supuestos que no inciden en el presente litigio. Sin embargo en el año 2016 en virtud de la disposición transitoria novena de la Ley General de la Seguridad Social se aplica un 50% por los 15 primeros años, mientras que por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, se aplican un 0,21% y por cada uno de los 83 meses siguientes, un 0,19%, hasta el máximo del 100%

SEGUNDO.- El cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de quienes alguna vez a lo largo de su vida laboral hayan tenido contratos a tiempo parcial se realiza, en principio, de la misma manera que para los trabajadores a tiempo completo (artículo 248.1.a de la Ley General de la Seguridad Social). La base reguladora se calcula haciendo un promedio de las bases de cotización de los 25 años anteriores a la jubilación (artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social), si bien en el año 2016, en aplicación de la disposición transitoria octava de la Ley General de la Seguridad Social , solamente se promedian los salarios de los 19 años anteriores.



Las bases de cotización que se toman en consideración se actualizan con el índice de precios al consumo hasta 24 meses antes de la jubilación

Ahora bien, si dentro del periodo de cálculo que se toma como referencia para hacer el promedio para el cálculo de la base reguladora han existido periodos en los que se haya trabajado a tiempo parcial, la base de cotización que se toma en consideración es la que corresponde a los salarios percibidos a tiempo parcial de la siguiente manera

Conforme al artículo 246 de la Ley General de la Seguridad Social, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial las bases de cotización corresponden a sus salarios reales (o, a los que tengan derecho a percibir, si son superiores), pero el límite mínimo se aplica en función del salario mínimo que corresponde al número de horas realmente trabajadas y no del salario mínimo a tiempo completo. El límite mínimo equivale al salario mínimo legal por hora multiplicado por el número de horas trabajadas

Una vez calculada la base reguladora, para calcular la pensión de jubilación se aplica un porcentaje en función de los años cotizados a lo largo de la vida laboral, que en principio se aplica de la misma manera que ya se ha visto. Pero si dentro de la vida laboral existen contratos a tiempo parcial se aplica un sistema de cálculo que reduce el número de años que se toman en consideración para fijar el porcentaje (artículos 247.a y 248.3 de la Ley General de la Seguridad Social)

Los periodos trabajados a tiempo parcial no se computan completos, sino en proporción a la parcialidad (con arreglo al denominado coeficiente de parcialidad), esto es, en función del porcentaje que representa la jornada realizada a tiempo parcial en relación con la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable. Por ejemplo, si un trabajador ha estado de alta 200 días con un 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo, se computarían inicialmente como cotizados 100 días para calcular el porcentaje aplicable a la base reguladora. Esa cifra se multiplica por 1,5. En el ejemplo anterior se tomarían entonces como cotizados $100 \times 1,5 = 150$ días en lugar de los 200 días de alta y cotización a tiempo parcial. En ningún caso pueden computarse (como pudiera ocurrir como consecuencia de la multiplicación por 1,5) más días que los realmente cotizados a tiempo parcial. Por tanto la fórmula legal siempre implica una reducción del periodo que se toma en consideración cuando existen trabajos a tiempo parcial. En el mejor de los casos se llegaría a computar como si hubiera trabajado a tiempo completo (si el coeficiente de parcialidad durante el periodo es igual o superior a 2/3)

Finalmente si el periodo de cotización que resulta, tras multiplicar por 1,5, es inferior a 15 años, el porcentaje que debe aplicarse sobre la base reguladora es el que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el periodo de cotización acreditado por el trabajador sobre 15 años. Esta norma final no tiene relevancia en el caso concreto del litigio

TERCERO.- De todo lo anterior en este caso concreto resulta

a) Si D^a Mariana a. hubiera cotizado durante toda su vida laboral a tiempo completo el porcentaje aplicable sobre su base reguladora, en virtud del artículo 210 y de la disposición transitoria novena de la Ley General de la Seguridad Social, sería de un 80,04

b) Debido a que D^a Mariana a. ha cotizado durante una parte significativa de su vida laboral a tiempo parcial, aplicando los artículos 247.a y 248.3 de la Ley General de la Seguridad Social para el cálculo de los años de cotización que corresponden a los años trabajados a tiempo parcial, el porcentaje aplicado a la base reguladora es del 53%

c) En el periodo tomado en consideración para el cálculo de la base reguladora (promedio de las bases de cotización de la trabajadora desde octubre de 1997 hasta septiembre de 2016) existe un número importante de años de trabajo a tiempo parcial. Las cotizaciones de esos años son las que corresponden a los salarios percibidos a tiempo parcial

CUARTO.- El sistema anteriormente explicado para el cálculo de la pensión de jubilación en el caso de que existan periodos en que se ha trabajado a tiempo parcial fue introducido por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, con algunas modificaciones posteriores que no son relevantes para este caso. Dicha reforma vino provocada por cuanto en su sentencia 61/2013, de 14 de marzo, el Tribunal Constitucional español, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la sentencia de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, declaró inconstitucional el sistema anteriormente regulado en la Ley, que computaba el tiempo trabajado a tiempo parcial de manera proporcional a la jornada a efectos de acceder a la pensión de jubilación, aplicando un coeficiente multiplicador de 1,5. Bajo el sistema anterior se dificultaba el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores que hubieran trabajado a lo largo de su vida laboral a tiempo parcial, al computar de forma reducida esos periodos para alcanzar el mínimo exigido para causar la pensión. Tras la reforma el sistema de acceso se reformó, mediante la creación del



concepto de "coeficiente de parcialidad", pero al mismo tiempo se modificaron las normas sobre cálculo de la pensión de jubilación, para reducir el importe de ésta en el caso de haber trabajado a lo largo de la vida laboral a tiempo parcial. Con anterioridad a la reforma los contratos a tiempo parcial podían ver reducida su prestación como efecto reflejo de una menor base de cotización durante los periodos trabajados a tiempo parcial. Con posterioridad a la reforma, además de ese efecto de reducción de la base o salario regulador, se aplica un segundo efecto reductor, puesto que el porcentaje aplicable sobre el salario regulador en función de los años trabajados también se reduce de la manera antes explicada (reducción proporcional a la parcialidad y coeficiente corrector de 1,5)

Esto quiere decir que no existe ninguna manera de hacer una interpretación de la Ley General de la Seguridad Social diferente, que pudiera ser conforme, en su caso, al artículo 4 de la Directiva 78/7/CEE . Es más, el sistema actualmente vigente es el resultado de una decisión expresa y reciente del legislador, puesto que el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, fue ratificado por el Parlamento español. La doctrina del Tribunal Constitucional español (sentencias 173/2002 , 58/2004 y 194/2006 , así como, de forma incidental, en 78/2010) considera que un órgano judicial nacional no puede inaplicar una norma interna con rango de Ley por considerar la misma contraria al Derecho de la Unión sin acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de cuestión prejudicial. Por tanto, aunque ninguna de las partes en el proceso en este caso haya pedido el planteamiento de cuestión prejudicial (aunque posteriormente se han mostrado conformes con el planteamiento que les ha sido propuesto por este tribunal), este tribunal no puede inaplicar el Derecho interno, por encontrarse en norma con rango de Ley, sin acudir en cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En caso contrario su sentencia podría ser anulada por el Tribunal Constitucional español en base a la doctrina expuesta

B) Normativa de la Unión Europea

PRIMERO.- El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 , relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, dispone

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

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos
- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones
- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones»

SEGUNDO.- El Derecho de la Unión no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social y, a falta de una armonización a escala de la Unión, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos de concesión de las prestaciones en materia de Seguridad Social. Sin embargo en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión (sentencias de 16 de mayo de 2006, Watts, C-372/04 , y de 5 de noviembre de 2014, Somova, C-103/13)

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. Una diferencia de trato relativa a los requisitos de acceso a las prestaciones de Seguridad Social o para su conservación o mantenimiento, o para el cálculo de las mismas, que derive que el beneficiario haya trabajado a tiempo parcial ha de considerarse contrario a la Directiva, dado que introduce una diferencia que afecta a un número sustancialmente mayor de mujeres que de hombres, dado que el trabajo a tiempo parcial es desempeñado mayoritariamente por mujeres (sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10 , de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11 y de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio, C-98/15)

TERCERO.- El artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que todas las personas son iguales ante la ley. El artículo 21 de la Carta prohíbe toda discriminación, en particular la ejercida por razón de sexo. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea dice que la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. De conformidad con el artículo 51 de la Carta, sus disposiciones están dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, como es la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 , relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de conflicto entre el Derecho interno y los derechos de la Carta, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a garantizar la plena



eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (sentencias de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci, C-555/07 y de 26 de febrero de 2013, Fransson, C-617/10)

III. Explicación de la cuestión y necesidad de la decisión prejudicial

PRIMERO.- Esta Sala considera que la situación que se analiza en el presente caso ofrece dudas desde el punto de vista de aplicación del Derecho comunitario, cuya solución es necesaria para dictar sentencia sobre el fondo del asunto. En todo caso, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional español, no puede dejar de aplicar una disposición con rango de Ley de Derecho interno por incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea sin acudir previamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante cuestión prejudicial. La posibilidad de inaplicar una norma interna con rango de Ley por considerar la misma contraria al Derecho de la Unión está limitada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (sentencias 173/2002 , 58/2004 , 194/2006 ó 78/2010), que considera que un órgano judicial nacional no puede inaplicar una norma interna con rango de Ley por considerar la misma contraria al Derecho de la Unión, sino que debe previamente acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de cuestión prejudicial o al propio Tribunal Constitucional a través de cuestión de inconstitucionalidad. Ello limita la autonomía de los órganos judiciales españoles para inaplicar aquellas normas de Derecho interno con rango de Ley, como es la que aquí nos ocupa, que, a su juicio, son contrarias al Derecho de la Unión, incluso cuando las consideran contrarias a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En este caso existen motivos que llevan a pensar que dicha norma puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea. La aplicación de la norma de Derecho interno sobre el cálculo de la pensión de jubilación solamente perjudica a los trabajadores que alguna vez a lo largo de su vida laboral hayan estado contratados a tiempo parcial, puesto que reduce, en proporción a la reducción de jornada durante esos periodos, el número de días de cotización que se toman en consideración para establecer el porcentaje de la base reguladora que se va a pagar como pensión. Aunque se ha previsto un coeficiente multiplicador de 1,5, la aplicación del mismo nunca puede llevar a que el número de días computado sea superior al real. Por tanto la norma, salvo en aquellos casos, minoritarios, en los que la aplicación del multiplicador 1,5 permita igualar el cómputo de días cotizados con los reales (lo que exige una jornada de, al menos, 2/3 partes de la jornada a tiempo completo), siempre perjudica a quien haya trabajado a lo largo de su vida laboral a tiempo parcial. En ningún caso esa norma produce efectos favorables para los trabajadores a tiempo parcial en relación con los trabajadores a tiempo completo. En la mayor parte de los casos los efectos serán desfavorables para el cálculo de la pensión y en algunos casos, minoritarios, serán neutros

Dado que la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial en cualquier momento de las últimas décadas desde la creación de dicha modalidad de contrato de trabajo han sido siempre mujeres, la norma produce un efecto perjudicial en sus pensiones de jubilación mayoritariamente a las mujeres. Por ello esa diferente forma de cálculo de la pensión de jubilación constituye probablemente una diferencia de trato en perjuicio de las mujeres en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Una medida de esta naturaleza sería contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 , a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social, son adecuados para alcanzar este objetivo y son necesarios a tal fin (sentencias de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11 y de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio, C-98/15)

La medida en cuestión no parece obedecer a una finalidad legítima de política social o no es adecuada para ella. El legislador ha decidido que la base reguladora de la pensión de jubilación se calcule sobre un número amplio, pero limitado, de años de la vida laboral, en concreto, en el momento del litigio, los 19 últimos años antes de la jubilación (la Ley prevé su elevación progresiva hasta los 25 años anteriores a la jubilación). Por tanto para calcular la base reguladora resulta indiferente la cuantía de los salarios y cotizaciones en el periodo anterior a aquél que se toma en consideración. Por el contrario durante el tiempo tomado en consideración para calcular la base reguladora (19 años en este caso), si la trabajadora ha prestado servicios a tiempo parcial en determinados periodos, durante los mismos solamente ha cotizado por los salarios percibidos, de manera que la parcialidad del contrato durante el periodo en cuestión, en la medida en que supone normalmente un salario inferior al que se percibe por el trabajo a tiempo completo, ya tiene unos efectos reductores de la base reguladora de la pensión de jubilación. Al reducir también proporcionalmente, en función de la parcialidad, el periodo que se toma en consideración para fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión, el hecho de haber trabajado a tiempo parcial produce un doble perjuicio sobre la cuantía de la pensión: primero en las bases de cotización de los periodos trabajados a tiempo parcial que se toman para el cálculo promediado del salario regulador y segundo en el porcentaje aplicable a la base reguladora



Por tanto parece que la norma sobre el cálculo de la pensión de jubilación, en cuanto establece una minoración del número de años de cotización computables para determinar el porcentaje aplicable al salario regulador en el caso de periodos trabajados a tiempo parcial, habría de considerarse una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria a los artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y al artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE . Sería por tanto exigible, en el caso del litigio, aplicar el mismo sistema de cálculo que se aplicaría si los periodos hubieran sido trabajados a tiempo completo, lo que llevaría a la estimación de la demanda de D^a Mariana a

IV. Cuestiones que se formulan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A la vista de todo lo anterior esta Sala considera que deben someterse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por vía de cuestión prejudicial, las siguientes preguntas

a) De acuerdo con el Derecho español para calcular la pensión de jubilación debe aplicarse a la base reguladora calculada sobre los salarios de los últimos años un porcentaje que está en función del número de años cotizados durante toda la vida laboral. ¿Debe considerarse que una norma de Derecho interno, como es la contenida en los artículos 247.a y 248.3 de la Ley General de la Seguridad Social , que reduce el número de años computables para aplicar el porcentaje en el caso de periodos trabajados a tiempo parcial, es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 , relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social?. ¿Exige el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE que el número de años cotizados tomados en consideración para fijar el porcentaje aplicable al cálculo de la pensión de jubilación se determine de la misma manera para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial?

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

Notifíquese esta resolución a las partes a las que se comunica que contra la misma no cabe recurso alguno (artículo 161 de la Ley 36/2011 , reguladora de la Jurisdicción Social)

Procédase a remitir la presente cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Secretaría del Tribunal de Justicia, Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos