

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al Auto dictado en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 3307-2018

1. Como manifesté durante la deliberación del presente proceso constitucional, disiento de la decisión de inadmisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeros del Pleno, entiendo que la cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona sobre el apartado 4, en relación con el apartado 1, del art. 60 (“complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social”) del texto refundido de la Ley General de la seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), debería haber sido admitida a trámite por no ser descartable en esta fase de tramitación del proceso instado ante el TC la contradicción de esa previsión normativa con el principio de igualdad en la ley reconocido en el art. 14 CE.

Los argumentos que contiene el Auto del que discrepo, dirigidos todos ellos a calificar la cuestión de inconstitucionalidad suscitada como notoriamente infundada, no permiten en modo alguno justificar que la duda de constitucionalidad debiera ser inadmitida, según ha acordado la resolución del Pleno, no resultando convincente ni lo que enuncia el pronunciamiento respecto de la finalidad de la norma, ni cómo pondera la carrera de seguro o la cobertura de posibles lagunas de cotización.

Es conocido que este Tribunal tiene margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, existiendo supuestos en los que un examen preliminar permite apreciar la falta de viabilidad de la que sea suscitada. Sin embargo, considero que las razones que se ofrecen en esta ocasión para llegar a tal conclusión distan de poner de manifiesto la inexistencia patente de un problema de igualdad relevante y de alcance en un marco tan necesitado de protección como el de la maternidad de la mujer trabajadora, instalado la inmensa mayoría de las ocasiones en una situación de real desigualdad y discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Estimo, por consiguiente, que la cuestión que se trajo a sede constitucional por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona debería haber sido abordada a través de un pronunciamiento de fondo en fase de Sentencia.

Tras el enunciado de dos cuestiones previas que tienen una indiscutible relevancia en el pronunciamiento del que discrepo y que me causan una honda preocupación siempre que se abordan juicios de igualdad en el marco de las prestaciones de Seguridad social, procederé de seguido a exponer las razones de mi disentimiento frente a las que aporta el Pleno cuando

estima compatible con el principio de igualdad que se excluya del complemento de maternidad a las madres que se hayan jubilado anticipadamente por voluntad propia, conforme al régimen del art. 208 TRLGSS (“jubilación anticipada por voluntad del interesado”), puesto que, como razonaré, no creo que dichas razones superen la revisión que corresponde desde el prisma del contenido esencial y el canon de constitucionalidad que es propio en materia de igualdad (art. 14 CE).

2. Dos cuestiones previas.

a. *El margen de la configuración legal en Seguridad Social.* Los socorridos argumentos de la libre configuración legal en materia de Seguridad Social y de la limitación de los recursos económicos del sistema son siempre recurrentes. No es el Auto del que me aparto una excepción. Con esa alusión repetida y constante al libre margen legislativo en aquel ámbito de coberturas sociales ocurre algo similar a lo que sucediera con la crisis económica o con la libertad de empresa en las todavía recientes Sentencias sobre la reforma laboral. Como sucede con aquella declarada libertad de configuración del legislador que ahora destaco, también en estas últimas resoluciones fueron factores ajenos y externos a los derechos comprometidos los que acabarían convirtiéndose en la opinión de la mayoría en una especie de índice o exponente apto para la delimitación al contenido esencial de los derechos fundamentales, en un referente de precisión de su tutela. Es una lógica que no puede compartirse, ya que se olvida que el art. 53 CE sitúa la tutela y delimitación de los derechos fundamentales en su contenido esencial, sin que nada ajeno a éste pueda por tanto constreñirlos. En particular, parámetros coyunturales del escenario económico, que no se encuentran en la base de su función, ni pueden entenderse como fuente motivadora de su reconocimiento ni quedan asociados a su finalidad y consagración constitucionales.

Esa misma lógica, como vengo de apuntar, amenaza una y otra vez el control de constitucionalidad en materia de Seguridad Social con la fatigosa (pero intencional) e invariable alusión al margen de libertad del legislador, como si el legislador no estuviera limitado en sus concreciones normativas, pese a su margen político, por los mandatos constitucionales. El Auto del que discrepo no evita reiterarlo, de nuevo, otra vez, como siempre acontece, y lo hace nada menos que con ocasión del juicio de proporcionalidad de la medida enjuiciada, subrayando el amplio margen de decisión que este Tribunal ha reconocido al legislador en la configuración del sistema de la Seguridad Social, en particular,

“a la hora de regular y modificar las prestaciones para adaptarlas a las necesidades del momento, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas”. Por supuesto que es de esa manera, si bien respetando –en lo que ahora importa- el principio de igualdad. Es tan obvio lo que afirmo que siento un cierto pudor jurídico al tener que recordarlo.

No se trata, entonces, de negar los márgenes legislativos que resalta desde hace tiempo nuestra doctrina, sino de situarlos en lo que es compatible con la lógica constitucional de la cobertura del contenido esencial de los derechos fundamentales. Y es que, sea cual sea la libertad de configuración del legislador que quiera proclamarse, debe someterse a ese filtro; aquí al del contenido esencial del principio general de igualdad. Insisto en la obviedad. O por expresar la idea en otros términos: la libertad de configuración legal en materia de Seguridad Social no es un criterio de delimitación del contenido esencial de ningún derecho fundamental, sino únicamente una expresión o concreción normativa de política legislativa, legítima e imprescindible, pero que podrá operar en su recorrido potencial solo, o hasta, donde no traspase el contenido esencial del derecho de que se trate; en el caso a examen, el del art. 14 CE.

Esa lógica interpretativa y delimitadora de coberturas constitucionales tiene idéntica significación a mi juicio en aquello tan traído y llevado de la escasez de los recursos del sistema. El sistema de Seguridad Social tendrá que maniobrar con sus márgenes económicos de financiación y sostenimiento; pero no puede vulnerar la igualdad ni condicionar el canon de constitucionalidad o la cobertura que el derecho fundamental ofrezca a cualquiera de sus titulares. Me excuso por la insistencia pero lo veo necesario; incluso, lo enuncio estimulado por una ingenua confianza en su utilidad futura.

b. *El término de comparación para el examen del principio de igualdad en Seguridad Social.* La obligada premisa del juicio de igualdad del primer inciso del art. 14 CE es la existencia de un término de comparación homogéneo. No merece objeción en este punto el Auto aprobado, toda vez que reconoce que desde el punto de vista de su “aportación demográfica a la Seguridad Social” la situación de una madre trabajadora que accede a la jubilación de forma anticipada y voluntaria, al amparo del art. 208 TRLGSS, es igual que la de aquella que, con el mismo número de hijos, lo hace una vez cumplida la edad legalmente

establecida, o de forma anticipada, pero por las causas involuntarias que se recogen en el art. 207 del citado texto legal (“jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador”).

Sin embargo, aunque no sea de modo explícito, late en el Auto del que discrepo la preocupación a la que quiero quitar el velo. Creo que en materia de Seguridad Social concurre a menudo una especie de tensión interpretativa sobre lo que sea un término de comparación válido para abrir el juicio de igualdad. Considero, en efecto, que en no pocas ocasiones quiere encontrarse e, incluso, se busca con ahínco en los requisitos diferenciadores contenidos en la propia configuración legal que establece distintas consecuencias jurídicas para dos colectivos (regulación que constituye el objeto del control de constitucionalidad) la fuente de invalidez del término de comparación de las situaciones contrastadas. Resulta, sin embargo, que si los factores diferenciadores contenidos en la norma fueran factores excluyentes de la comparación, la desigualdad en la ley, como expresión prohibida por el art. 14 CE, correría el riesgo de no poder ser apreciada. En otros términos, si el criterio para dotar de validez al contraste fuera la identidad subjetiva y objetiva absoluta de los supuestos comparados no podrían encontrarse nunca soluciones jurídicas dispares en la norma, sino una sola para un mismo colectivo definido.

La clave para avalar como término de comparación el que resulte invocado para el contraste, en la igualdad en la ley, reside en que se trate de situaciones jurídicas “iguales” en el sentido de “asimilables o equiparables”, esto es, no idénticas. A partir de ahí debe operar el control de constitucionalidad, el examen de la justificación objetiva de la diferencia de trato y, secuencialmente, el de la proporcionalidad de la distinción establecida en la ley desde el prisma de su declarada finalidad. Algo muy próximo a lo que digo se estableció, entre otras, en la STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 4, que dispuso que <<también conforme a nuestra doctrina, el juicio de igualdad es de carácter relacional lo que implica que cuando se proyecta sobre el legislador, requiere la comprobación de que la norma de que se trate atribuye consecuencias jurídicas diversificadoras a grupos o categorías de personas creadas o determinadas por él mismo (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10), y de que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5). Sólo entonces puede decirse que la acción selectiva del autor de la norma resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de “factores diferenciales” (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 5) o de “elementos de diferenciación” (STC 162/1985, de 29 de noviembre, FJ 2) resulta o no debidamente fundamentada”>>.

Quería subrayarlo en un ámbito, el de la Seguridad Social, en el que la configuración legal puede muchas veces confundir. En suma, no es la concurrencia o no de los requisitos con los que la norma diferencia lo que hace o no comparables dos situaciones, sino, muy antes al contrario, lo determinante para identificar el término de comparación reside en la naturaleza equiparable de las situaciones a contraste. A partir de ello, serán esos requisitos de diferenciación en la cobertura legal los que se enjuicien por su objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y por su adaptación a la finalidad constitucionalmente legítima declarada por la norma.

3. El Auto del que discrepo enuncia en el FJ 2, aunque honestamente creo que posteriormente no lo aplica, el contenido esencial y el canon de constitucionalidad del principio general de igualdad. Sintéticamente enunciado, el art. 14 CE, en su primer inciso, no excluye toda desigualdad; prohíbe únicamente la que se dé entre situaciones equiparables sin una justificación objetiva y razonable, la que diferencie las consecuencias jurídicas con base en elementos de distinción arbitrarios o que carezcan de un fundamento racional, siendo por ello artificiosa o injustificada la que, aun teniendo un fin constitucionalmente lícito, no responda efectivamente al fin legal declarado que se persigue con ella. Se requiere, por lo demás, que esa diferenciación en las consecuencias jurídicas sea adecuada y proporcionada vista la finalidad de la norma, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

Hay en ello, como es de ver, un doble parámetro que integra todos los elementos enunciados: el término de comparación válido, pues no podrá haber un encuadramiento en la igualdad si las situaciones a contraste no pueden ser razonablemente objeto de comparación, y una asociación entre la finalidad de la norma, la intervención concreta y diferenciadora que ésta establece y la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en que se sustente.

En esto último (la relación entre el fin de la norma y las previsiones de concreción en la misma de dicho propósito legal) nace mi principal discrepancia con el Auto aprobado, no pudiendo compartir la decisión adoptada sobre el carácter notoriamente infundado de la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, en el FJ 4 de una Sentencia dictada en la misma sesión del Pleno (recurso de amparo abogado núm. 4344-2017) hemos declarado que, para que sea lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de la distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, evitándose resultados excesivamente

gravosos o desmedidos. Finalidad de la norma y juicio de igualdad, así pues, van de la mano. Ya lo apunté más atrás y en ello reside, como digo, mi discrepancia fundamental.

En efecto, el ATC de inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad gravita alrededor de tres ideas fuerza que a mí parecer no atienden a la finalidad de la norma, pues no indagan en la relación inexcusable de coherencia entre esa finalidad y la concreción normativa. Como puede verificarse, el pronunciamiento afirma:

a. Que el complemento de maternidad se reconoce a las madres por su aportación demográfica pero también en razón a que su “carrera de seguro” se ve acortada, por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad, y que desde ese punto de vista no resulta arbitrario ni irracional excluir del complemento de referencia a aquellas madres que, al acceder voluntariamente a la jubilación anticipada, acogéndose a la posibilidad que les brinda el art. 208 TRLGSS, opten por acortar su “carrera de seguro”, es decir, su período de cotización. En suma, que es razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más años, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria del art. 208 TRLGSS, y sí atribuirlo, en cambio, a quienes lo hacen con base en la “jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador” del art. 207 del texto refundido, que lo reconoce a las trabajadoras que se hallen en esta última situación. Y ello, se nos dice, porque el régimen legal previsto en el art. 207 TRLGSS responde a un sistema previsto para casos en los que haya una expectativa de continuación en el empleo que se ve frustrada por alguno de los motivos citados en el precepto, supuestos de hecho tasados, ajenos a la voluntad del trabajador, claramente diferenciados de los que dan derecho a la jubilación del art. 208 TRLGSS.

Con ello se resuelve el juicio de objetividad y razonabilidad de la distinción legal.

b. Que estamos ante un “complemento” que tiene, afirma el Auto, “limitada importancia” en términos porcentuales y que, además, el legislador cuenta con amplio margen para regular las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, atendiendo las necesidades existentes con los medios disponibles.

Así se resuelve el juicio de proporcionalidad.

c. Que la medida cuestionada se explica también desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de pensiones, ya que la jubilación anticipada acorta el período de

contribución al sistema y amplía el de disfrute de la pensión, por lo que es lógico que el legislador introduzca normas para desincentivarla.

4. Lo anterior razonado, no es impertinente recordar, aunque es obvio, que desde el punto de vista de la aportación demográfica a la Seguridad Social la situación de una madre trabajadora que accede a la jubilación de forma anticipada, al amparo del art. 208 TRLGSS, es igual que la de aquella que, con el mismo número de hijos, lo hace una vez cumplida la edad legalmente establecida, o de forma anticipada, pero por las causas que se recogen en el art. 207 del citado texto legal (“jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador”). El propio Auto lo reconoce explícitamente. Siendo así, es un punto de partida irrefutable que la situación laboral que conduce a unas y otras trabajadoras a la jubilación anticipada no altera nunca la identidad en ese hecho al que está asociada la finalidad de una norma que se declara compensatoria de la aportación demográfica, pues ésta fue realizada por igual por todas las trabajadoras comparadas y, en cambio, diferenciadas en las consecuencias jurídicas del régimen normativo.

Confluyendo en todos los casos el propósito al que la regulación responde, o dice responder, no puede aceptarse cualquier dato de distinción como factor objetivo y razonable de diferenciación que haga desvanecer la identidad en el elemento de la aportación demográfica. Particularmente, siendo la que es la finalidad de la norma y quedando verificada tanto en los colectivos del art. 207 como en los del art. 208 TRLGSS, no parecen razones sólidas para descartar el protagonismo del art. 14 CE ni la causa que acarreo la falta de empleo precedente a la decisión de jubilación, ni la alusión al acortamiento de la “carrera de seguro”. En primer lugar porque tanto en un supuesto como en el otro puede producirse y venir fundada la decisión en una frustración de la expectativa de continuidad en el empleo, pues es obvio que en casos como el de autos tampoco fue voluntaria la pérdida del empleo ni era en mayor medida viable a esa avanzada edad el mantenimiento de la contribución al sistema. Y en segundo lugar, y respecto a la carrera de seguro, porque la norma no atiende a la vida laboral de las trabajadoras afectadas, único criterio que permitiría acreditar y comprobar la objetiva afectación de la aportación demográfica en la biografía laboral de cada trabajadora. Ese componente de la vida laboral, y no el que provocó la ruptura de la expectativa del empleo, es el que debería atenderse si a la carrera de seguro se pretende atribuir la misma relevancia en la ordenación a examen.

En lo segundo, juicio de proporcionalidad, no puedo sino traer a colación aquí lo que anteriormente señalé sobre el margen del legislador en materia de Seguridad Social. El Auto hace mención de ese parámetro en unos términos que parecerían convertirlo en una especie de canon de constitucionalidad definidor del principio de igualdad y, en particular, de la proporcionalidad en supuestos en los que esté comprometido el art. 14 CE en materia de Seguridad Social; esto es, como si la libertad de configuración legal excluyese todo examen *ex art. 14 CE*. Tan es así que junto a ello solo se añade que se analiza un complemento que o es de “limitada importancia” cuantitativa, lo que no deja de resultar un juicio de valor bien discutible. Esos dos planos a los que el Auto alude –la configuración legal y la importancia del complemento- operan en la resolución de este Tribunal, a mi criterio, no como pautas de interpretación sino como premisas que excluyen el debate sobre la proporcionalidad de la diferencia de trato, y no puedo compartirlo.

El último argumento, relativo a la desincentivación de la jubilación anticipada desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de pensiones, sencillamente no merece indicación añadida a la propia comparación entre los arts. 207 y 208 TRLGSS, pues si hay algo obvio en este asunto es que en un caso se incentiva y en otro se desincentiva el acortamiento del período de contribución al sistema y la ampliación del disfrute de la pensión. La diferente duración del periodo de tiempo que legalmente se prevé entre la terminación de la relación laboral y la solicitud de la jubilación anticipada, ilustra de manera ejemplar esta aseveración; mientras que la duración para las trabajadoras con derecho al complemento para maternidad es de cuatro años (art. 207.1.a LGSS), para aquellas otras madres a las que no se les reconoce ese derecho es de dos años (art. 208.1.a LGSS).

Para examinar este complejo núcleo de cuestiones desde una comprensión conforme con el contenido esencial del principio de igualdad del art. 14 CE, debería haberse dictado una sentencia, al no ser suficientes para descartar la vulneración del derecho fundamental ni para mostrar que la cuestión de inconstitucionalidad es notoriamente infundada las razones ofrecidas por el Pleno en el Auto de inadmisión

A la luz del art. 14 CE y el necesario examen de su posible infracción, la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad era la respuesta que correspondía.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil dieciocho.

