

Versión anonimizada

C-584/23 - 1

Asunto C-584/23

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

21 de septiembre de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona (España)

Fecha de la resolución de remisión:

18 de septiembre de 2023

Partes demandantes:

Asepeyo Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º 151

KT

Parte demandada:

Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

Alcampo SA, sucesora de Supermercados Sabeco, S. A.

Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona

[OMISSIS]

[identificación de juzgado, procedimiento y partes]

A U T O

[OMISSIS]

[nombre del magistrado autor, lugar y fecha de la resolución]

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>1268225</u>
Luxemburgo, el <u>25. 09. 2023</u>
Fax/E-mail: <u>2109123</u>
Presentado el:
El Secretario, por orden  Leticia Carrasco Marco Administradora

ES

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 10.01.22 se presentó demanda ante el Juzgado Decano de Barcelona por la mutua Asepeyo Mutua Colaboradora de la Seguridad Social n.º 151, en reclamación en materia de incapacidad permanente, contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), KT y Supermercados Sabeco, S. A., en la que solicitaba que se declarase que la trabajadora estaba afecta de lesiones permanentes no invalidantes. La demanda quedó registrada en este juzgado [OMISSIS].

2. El día 30.03.22 se presentó demanda ante el Juzgado Decano de Barcelona por KT, en materia de incapacidad permanente, contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, mutua Asepeyo MCSS 151, y Supermercados Sabeco, S. A., en la que solicitaba que se fijase la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual que se le había reconocido en vía administrativa en 1.353 euros mensuales. La demanda quedó registrada en el Juzgado de lo Social n.º 2 [OMISSIS].

3. Por Auto dictado por este juzgado en fecha 05.09.22 se dispuso la acumulación de ambos procedimientos.

4. Acordada su admisión, se celebró el acto del juicio en fecha 27.02.23, asistiendo todas las partes [OMISSIS] [nombre de las partes]. Se propuso y practicó prueba documental y pericial médica. Concluido el juicio se acordó como diligencia final que la empresa Supermercados Sabeco, S. A., aportara un informe detallado de las funciones que desarrollaba la demandante, así como la evaluación de riesgos profesionales del puesto de trabajo ocupado por la trabajadora. [OMISSIS] [cuestiones procesales internas]

5. Una vez examinada y analizada la situación planteada en el procedimiento, en el cual se discutía el cálculo de la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo reconocida a una mujer que ha ejercido el derecho a la reducción de la jornada por cuidado de menores, podía constituir una medida de discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que se constata en la estadística publicada por el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad que las personas que mayoritariamente ejercitan los derechos de reducción de jornada por cuidado de menores que prevé el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores son mujeres, y concretamente el porcentaje de mujeres que trabajan a tiempo parcial para el «cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores» en el año 2022, es el 92,94 % del total de personas ocupadas. Se entendía, pues, que ello puede provocar que en determinados casos, como el que ahora se estaba analizando, se estuviera infringiendo el principio de no discriminación, que se opone claramente a los principios y objetivos de eliminación de desigualdades entre hombre y mujer que reconocen el artículo 8 del TFUE y los artículos 21 y 23 de la CDFUE. [OMISSIS]

[OMISSIS] [cuestiones procesales internas]

II. PARTES DEL LITIGIO PRINCIPAL Y REPRESENTANTES

[OMISSIS] [identificación de las partes y de sus representantes]

III. HECHOS PERTINENTES

Primero. KT [OMISSIS] [datos personales de la demandante] prestaba servicios en la empresa Supermercados Sabeco, S. A., con una categoría profesional de cajera.

Segundo. Desde el 02.01.08 la demandante estaba en situación de reducción de jornada, del 50 % de la jornada ordinaria, por guarda legal de su hijo menor de 12 años. Entre el 01.12.17 y el 31.12.17 trabajó 30 horas semanales, respecto de una jornada ordinaria de 39,5 horas semanales, y a partir del día 01.01.18 volvía a 20 horas semanales. Esta situación de reducción de jornada para cuidado de un menor finalizaba el 06.10.19.

Tercero. En fecha 13.04.19 sufrió un accidente de trabajo, consistente en una caída en el centro de trabajo con una contusión en la cadera y en la rodilla izquierda, y que no dio lugar a ninguna baja médica. Después de que se le realizaran pruebas y hubiera recibido asistencia médica inició la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo el 29.10.19. Como consecuencia de otras complicaciones finalmente el 01.02.21 se realizó un tratamiento quirúrgico de prótesis total de rodilla izquierda.

Cuarto. La mutua inició el expediente administrativo y la Direcció General d'Ordenació i Regulació Sanitària emitió el preceptivo informe en fecha 19.07.21, que proponía la declaración de incapacidad permanente y señalaba como lesiones las siguientes: «Prótesis rodilla izquierda en fisioterapia». En fecha 02.08.21 el INSS dictó una resolución que declaraba a la trabajadora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual con derecho a una pensión del 75 % de la base reguladora de 8.341,44 euros anuales. Contra esta resolución la mutua y la trabajadora interpusieron sendas reclamaciones previas que fueron desestimadas por resolución de fecha 10.02.22.

Quinto. En caso de que se reconozca la pretensión de la trabajadora, es decir, computar la base de cotización al 100 % del salario en el momento del accidente, la base reguladora de la pensión es de 16.236 euros anuales.

Sexto. La relación laboral con la empresa se extinguió en fecha 14.06.19 por despido y pasó a percibir la prestación por desempleo desde el 15.06.19. La base reguladora diaria reconocida fue de 34,37 euros diarios. Contra la misma interpuso reclamación previa interpuesta y se estimó fijando en 45,10 euros diarios, que corresponde con el 100 % de la base de cotización.

Séptimo. Según los datos estadísticos facilitados por la TGSS, las personas que de forma continuada han estado en situación de reducción de jornada, acogándose a lo dispuesto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, entre 2020 a 2022, fueron 224.513 personas, de las cuales 22.110 personas son varones (9,85 %) y 202.403 personas son mujeres (90,15 %).

IV. OBJETO DEL LITIGIO PRINCIPAL

1. Previa

El presente proceso judicial se ha formado a partir de la acumulación de las demandas presentadas por la mutua Asepeyo, y por KT, siendo las pretensiones de ambas litigantes absolutamente distintas.

La demanda presentada por Asepeyo sostiene que las lesiones que padece la demandante son tributarias de lesiones permanentes no invalidantes, y por tanto interesa que se revoque la resolución administrativa del INSS que reconoció a dicha persona en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

La pretensión de la trabajadora es que se fije la base reguladora de la pensión reconocida en vía administrativa, de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, sin tener en cuenta que su jornada de trabajo se había reducido al 50 % como consecuencia del ejercicio del derecho a la reducción de jornada para tener cuidado de su hijo menor.

Comoquiera que la primera de las demandas no tiene relación con la cuestión prejudicial, ninguna referencia se hará en esta resolución.

2. Exposición de la controversia

[OMISSIS] [repetición del objeto de la demanda presentada por Asepeyo]

[OMISSIS] [E]l objeto del debate que origina el planteamiento de la cuestión prejudicial consiste en la fijación de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo. Según la norma española, que se detallará en el siguiente capítulo, la base reguladora de las pensiones por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo se obtiene a partir del salario real de la persona accidentada en el momento que acaece el accidente, y ello supone que, si ha ejercitado el derecho de reducción de jornada para tener cuidado de un hijo, el salario computable es el que se corresponde con la reducción, lo que en el caso que nos ocupa a la trabajadora le suponía una reducción de 50 %, con la consiguiente repercusión en la base reguladora, ya que se ha fijado en 8.341,44 euros anuales, y si se computa al 100 % sería de 16.236 euros anuales.

3. Pretensión de la trabajadora y alegaciones respecto del planteamiento de la cuestión prejudicial

La trabajadora presentó la demanda [OMISSIS], solicitando que se reconociera el salario sin tener en cuenta la reducción de la jornada, porque entiende que computando el salario reducido de acuerdo con la jornada efectivamente realizada constituye una discriminación indirecta por razón de sexo. En este sentido alega la sentencia 91/2019, de 3 de julio, del Tribunal Constitucional (ECLI:ES:TC:2019:91), y también detalla datos estadísticos que demuestran que más del 90 % de las personas que solicitan la reducción de jornada para tener cuidado de menores son mujeres. Es por ello que una disposición aparentemente neutra —la que establece la forma de cálculo de la base reguladora— perjudica y la sitúa en una desventaja particular, a ella y a las mujeres en general, con respecto a las personas del sexo masculino.

En el trámite de alegaciones, mostró su conformidad con la presentación de una cuestión prejudicial, y en concreto señaló que la forma de cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, en los casos de reducción de jornada para cuidado de menores, teniendo en cuenta los datos estadísticos de la Encuesta de Población Activa publicada por el Instituto Nacional de Estadística, como también los que publica el Eurostat, según los cuales las mujeres reducen la jornada en un porcentaje muy superior a los hombres, resulta contraria a la Directiva 79/7/CEE. [OMISSIS] [redacción, en catalán, de las cuestiones prejudiciales propuestas por la demandante]

4. Posición del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la mutua colaboradora de la Seguridad Social y alegaciones respecto al planteamiento de la cuestión prejudicial

En el acto del juicio el Instituto Nacional de la Seguridad Social mantuvo la posición expresada en la resolución administrativa, que reconoció la incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo y fijaba la base reguladora de la pensión que debía percibir. Así, sostuvo que la base reguladora se había fijado de acuerdo con el cálculo derivado del certificado de salarios emitido por la empresa y ratificado por la mutua.

Ahora bien, [OMISSIS] entendía que no procede el planteamiento de la cuestión prejudicial en los términos señalados. En sus razonamientos la entidad gestora señaló que si el accidente se hubiera producido dentro de los dos primeros años de reducción de jornada —en la actualidad son tres—, las cotizaciones que se tendrían en cuenta serían las que corresponderían a una base del 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de la jornada de trabajo, pero que si habían transcurrido más de dos años, la base de cotización que debía tomarse era la que correspondía a la jornada efectivamente realizada, eso es, la reducida. Por ello entendía estaba plenamente justificado que la cuantía de las prestaciones del régimen público de seguridad social se

determinara de acuerdo con la retribución efectiva de la persona trabajadora a tiempo parcial, y que la reducción de jornada por cuidado del menor no justifica solución distinta a la que se deriva de la sentencia del TJUE de 16/07/09, C-537/07. Concluía también que no era de aplicación al caso el Derecho de la Unión Europea, tanto el primario (art. 8 TFUE y arts. 21 y 23 CDFUE), como el derivado (Directiva 79/7/CEE y Directiva 2010/18/UE, o la vigente 2019/1158).

Por su parte la mutua Asepeyo también se opuso a la demanda de la trabajadora en el sentido de que la base reguladora se calculó en función del salario efectivamente percibido, según el certificado de salarios emitido por la empresa. En fase de alegaciones señala que el diferente régimen nada tiene que ver ni directa ni indirectamente con las previsiones de igualdad jurídica entre hombres y mujeres, ya que se establece un diferente tratamiento al incremento de cotizaciones según el supuesto de reducción de jornada, y no en base a alguna condición o circunstancia que pudiera implicar una discriminación o trato de desventaja para la mujer trabajadora.

V. DISPOSICIONES JURÍDICAS

V.1. DERECHO ESPAÑOL

A.-Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)

Artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos.

...

6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo del cónyuge o pareja de hecho, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

...

Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. [OMISSIS] [pasaje no pertinente para el presente asunto] En el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y

hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género.

B.-Decreto de 22 de junio de 1956

Artículo 60.

El salario base de indemnización o renta en los casos en que el trabajador perciba su retribución por unidad de tiempo se determinará con arreglo a las siguientes reglas:

...

2ª. Salario base anual de la pensión o renta por incapacidad permanente o muerte. Se calculará en la forma que a continuación se expresa:

a) Jornal o sueldo diario. El que por jornada normal de trabajo perciba el trabajador en la fecha del accidente se multiplicará por los trescientos sesenta y cinco días del año.

[OMISSIS] [Enumeración de otros elementos que deben tenerse en cuenta para calcular el salario base anual de la pensión o renta por incapacidad permanente o muerte, no pertinentes en el presente asunto]

C.-Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (redacción vigente antes de la modificación del apartado 3 por Real Decreto-ley 2/2023).

Artículo 237. Prestación familiar en su modalidad contributiva.

1. Los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

...

3. Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el primer párrafo del art[í]culo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer

año en los demás supuestos de reducción de jornada contemplados en el primer y segundo párrafo del mencionado artículo.

Las cotizaciones realizadas durante los periodos en que se reduce la jornada en el último párrafo del apartado 4, así como en el tercer párrafo del apartado 6 del art[i]culo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

V.2. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Artículo 8:

En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 21

No discriminación

- 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

Artículo 23

Igualdad entre mujeres y hombres

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

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.

Artículo 1

La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo «principio de igualdad de trato».

Artículo 3

1. La presente Directiva se aplicará

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

- enfermedad,*
- invalidez,*
- vejez,*
- accidente laboral y enfermedad profesional,*
- desempleo;*

2. La presente Directiva no se aplicará a las disposiciones relativas a las prestaciones a favor de los supervivientes, ni a las que se refieren a prestaciones familiares, excepto si se trata de prestaciones familiares concedidas con arreglo a los aumentos de las prestaciones debidas en razón de los riesgos previstos en la letra a) del apartado 1.

Artículo 4

1. 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.*

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)

Artículo 1

Finalidad

La presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

A tal fin, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a:

[...]

- c) los regímenes profesionales de seguridad social.*

[...]

Artículo 2

Definiciones

1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) «discriminación directa»: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable;

b) «discriminación indirecta»: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios;

[...]

f) «regímenes profesionales de seguridad social»: los regímenes no regulados por 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, cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa.

Artículo 5

Prohibición de la discriminación

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, en los regímenes profesionales de seguridad social no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo a:

- a) el ámbito de aplicación de dichos regímenes y las condiciones de acceso a los mismos;*
- b) la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones;*
- c) 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.*

Artículo 7

Ámbito de aplicación material

1. El presente capítulo se aplicará a:

- a) los regímenes profesionales de seguridad social que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:*
 - i) enfermedad,*
 - ii) invalidez,*
 - iii) vejez, incluido el caso de jubilaciones anticipadas,*
 - iv) accidente laboral y enfermedad profesional,*
 - v) desempleo;*

Artículo 9

Ejemplos de discriminación

1. *Deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se basen en el sexo, directa o indirectamente, para:*

...

h) establecer niveles diferentes para las prestaciones, salvo en la medida necesaria para tener en cuenta elementos de cálculo actuarial que sean diferentes según el sexo en el caso de los regímenes de cotización definida; en el caso de regímenes de prestaciones definidas, financiadas por capitalización, ciertos elementos pueden ser desiguales en la medida que la desigualdad de los importes se deba a las consecuencias de la utilización de factores actuariales diferentes según el sexo en el momento de la puesta en práctica de la financiación del régimen;

V.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1.-En su escrito de oposición al planteamiento de la cuestión prejudicial, la defensa del INSS alega la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2009, asunto C-537/07, ECLI:EU:C:2009:462, en la que se analiza un supuesto que, en opinión de dicha entidad gestora, ya deja resuelta la cuestión que aquí se plantea, lo cual no deja ningún margen a la duda. En este sentido transcribe diversos apartados que entiende que abundan en tal interpretación. Nos remitimos al contenido íntegro de dicha sentencia, pero, especialmente, conviene que nos detengamos, por una parte, en los apartados 58 y 59, que parece que contestan las dudas allí planteadas por el tribunal español:

58 La normativa nacional controvertida en el litigio principal prevé que el importe de la pensión de incapacidad permanente se calcula sobre la base de las cotizaciones realmente efectuadas por el empresario y por el trabajador durante el período de referencia, que, en el presente caso, abarca los ocho años que preceden a la materialización del riesgo. Dado que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador percibe un salario de importe inferior debido a la reducción de su jornada laboral, las cotizaciones, que constituyen un porcentaje del salario, se ven igualmente reducidas, lo que da lugar a una diferencia en la adquisición de derechos a futuras prestaciones de seguridad social entre los trabajadores a tiempo completo y los que disfrutan de un permiso parental a tiempo parcial.

59 A este respecto, procede señalar que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario no se opone al cálculo de una pensión de jubilación conforme a una regla *pro rata temporis* en caso de trabajo a tiempo parcial. En efecto, aparte del número de años de servicio de un funcionario, la consideración del período de tiempo que efectivamente ha trabajado durante su carrera, en comparación con el de un funcionario que ha trabajado a tiempo completo durante toda su carrera, constituye un criterio objetivo y ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo que

permite una reducción proporcionada de sus derechos a pensión (véase, en materia de función pública, la sentencia de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575, apartados 90 y 91).

2.-Ahora bien, también la misma resolución dice lo siguiente:

60 En lo que atañe a la Directiva 79/7, debe añadirse que, según su primer considerando y su artículo 1, sólo contempla la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7, los Estados miembros disponen de la facultad de excluir del ámbito de aplicación de esta Directiva la adquisición del derecho a prestaciones de seguridad social en virtud de regímenes legales después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

61 Se desprende de lo anterior que la normativa referente a la adquisición de los derechos a las prestaciones de seguridad social en los períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos sigue siendo competencia de los Estados miembros (véase la sentencia de 11 de julio de 1991, Johnson, C-31/90, Rec. p. I-3723, apartado 25).

62 De la jurisprudencia se deriva, en efecto, que la Directiva 79/7 en ningún caso obliga a los Estados miembros a conceder ventajas en materia de seguridad social a las personas que se hayan ocupado de sus hijos o a establecer derechos a prestaciones como consecuencia de períodos de interrupción de la actividad debidos a la educación de los hijos (véase, por analogía, la sentencia de 13 de diciembre de 1994, Grau-Hupka, C-97/93, Rec. p. I-5535, apartado 27).

3.-A tenor de estos tres últimos apartados queda bien claro que la Directiva 79/7 no impone a los Estados que concedan ventajas particulares. Pero lo verdaderamente relevante es que no se llegó a valorar, porque no se alegó en aquel proceso, es si esas normas pueden constituir una discriminación indirecta por razón de sexo, y concretamente un perjuicio para las mujeres. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta lo establecido el art. 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la petición de decisión prejudicial ahora se formula gira en torno a la duda sobre la adecuada interpretación del Derecho de la Unión en relación con la normativa interna aplicable al litigio.

VI. MOTIVACIÓN DE LA REMISIÓN

1. A continuación, se expondrán los argumentos por los que este magistrado entiende que es necesaria la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la adecuación de la norma española a la comunitaria, así como nuestra posición al respecto.

2. Ya hemos dicho que la norma española establece que la base reguladora de la pensión por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo se basa en el salario que la persona trabajadora percibe en el momento del accidente. Así, no se tiene en cuenta si una persona está ejercitando el derecho a la reducción de la jornada laboral para los cuidados de un menor. No obstante, hemos de reconocer que en los casos en que se reconoce ficticiamente la base de cotización a tiempo completo, por un período de dos años en el momento en el que se le reconoció la incapacidad permanente, pero que en la actualidad es de tres años, este cálculo ficticio se inscribe como una prestación pública contributiva, es decir, que el coste de ello lo asume la propia entidad gestora en tanto que es una prestación.

3. La Sentencia de este tribunal de 18.09.19, asunto C-366/1[8], ECLI:EU:C:2019:757, planteada por un juzgado español, en la cual se formulaban las dudas sobre la regulación española sobre la reducción de la jornada para cuidado de un menor en base al artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, nos recordó que no estamos ante un supuesto en que sea aplicable la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. Por ello, y como decíamos en el apartado V.3 de esta resolución, la cuestión que ahora genera la duda se conecta con el principio de no discriminación por razón de sexo, en aplicación de una norma de Seguridad Social aparentemente neutra, pero que estadísticamente afecta de forma negativa, en un muy elevado porcentaje, a las mujeres. Es decir, si la norma española es susceptible de provocar una discriminación indirecta.

4. A criterio de este órgano judicial, el hecho de que el cómputo del 100 % de las bases de cotización cuando se está ejercitando el derecho a la reducción de jornada para cuidado de un menor se considere como una prestación familiar contributiva significa que el coste de la diferencia entre la pensión calculada con bases reducidas y la que resulta de las bases (ficticias) computadas al 100 % se considera, y así se asume su coste, como prestación contributiva por la entidad gestora de las prestaciones —INSS—, sin que ello suponga ningún coste para la empresa ni para la mutua colaboradora.

5. Debemos dejar claro que no estaríamos ante un supuesto de conversión de un contrato a tiempo completo a uno a tiempo parcial, y por tanto no sería de aplicación la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, ya que el derecho a la reducción de la jornada para tener cuidado de menores tiene una regulación autónoma y diferenciada, con un origen y régimen jurídico distinto, y que se «complementa» con una prestación contributiva pública.

6. En la sentencia del TJUE de 16.07.09 antes referida, no se analizaron los tres aspectos que son los que generan la duda a este órgano judicial, o, mejor dicho, y a tenor de los antecedentes de dicha resolución, no se plantearon en aquel

momento. Esos tres aspectos, a nuestro juicio, deben estar en el centro del debate y de la consiguiente decisión. En primer lugar, no se tuvo en cuenta, porque no consta que se alegara ni examinara por tanto, que la norma interna pudiera significar una discriminación indirecta por razón de sexo. En segundo lugar, tampoco se tuvo en cuenta la llamada discriminación estadística, ya que no se analizó el factor estadístico de la incidencia por sexos de las solicitudes de reducción de jornada para cuidado de menores, y en este caso ha quedado demostrado que un 90 % de las personas que ejercen el derecho son mujeres. Y finalmente, en tercer lugar, el cómputo de las bases de cotización a tiempo completo durante los dos primeros años de la reducción de jornada como consecuencia del disfrute del derecho a dicha reducción se considera legalmente como una prestación contributiva de la Seguridad Social.

7. No obstante, debemos hacer una breve referencia a la posibilidad de que se contemple la posibilidad de que se excluya del ámbito de la Directiva 79/7 (art. 3, apartado 2), porque la prestación a la que nos estamos refiriendo es una prestación familiar. Pues bien, en este caso precisamente la prestación va referida al riesgo de accidente laboral, de modo que, aun tratándose de una prestación familiar, lo que prevalece es el riesgo protegido por la norma comunitaria, que es el accidente laboral. Así pues, al tratarse de una prestación pública contributiva que cubre un riesgo previsto en la Directiva 79/7, y siendo aparentemente neutra, ya que va destinada a todas las personas, de ambos sexos, la realidad estadística es que afecta abrumadoramente de una forma negativa a las mujeres, por lo que el resultado será, y es, que la prestación es muy inferior —en este caso un 50 % inferior— para las mujeres que han ejercido el derecho a la reducción de jornada y que acceden a la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo.

[8]. Finalmente, es necesario asumir, como no puede ser de otra forma, el criterio hermenéutico de dimensión o perspectiva de género, según el cual, si hay varias opciones interpretativas debe elegirse la más acorde con este principio de no discriminación, y la interpretación y aplicación de las normas de Derecho comunitario no puede ser una excepción a esta perspectiva, como tampoco lo son las normas de Seguridad Social. Es evidente que no hay ninguna norma abiertamente discriminatoria por razón de sexo, pero, por el contrario, también tenemos la evidencia de que existe una brecha entre las pensiones de los hombres y de las mujeres, y la interpretación desde esta perspectiva de género va a favorecer la finalidad legítima de eliminarla.

VII. CUESTIONES PREJUDICIALES

1. Por todo ello se considera necesario para resolver el caso que se está enjuiciando en este procedimiento, preguntar sobre si la norma española que fija la base reguladora de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo y que se calcula a partir de la base de cotización de la jornada efectivamente realizada, en los casos en que se haya ejercitado el derecho a la

reducción de jornada para cuidado de menores, se trata de una discriminación indirecta por razón de sexo, cuando los datos estadísticos demuestran que las mujeres son las que mayoritariamente ejercitan este derecho a la reducción de jornada (superando el 90 %).

Primera cuestión: ¿Es contraria a la normativa europea recogida en los art. 4 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; y art. 5 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), la norma española sobre cálculo de la base reguladora de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, recogida en el art. 60 del Decreto de 22 de junio de 1956, en tanto que estaríamos ante un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que son las mujeres las que mayoritariamente reducen la jornada de trabajo para cuidado de menores y por tanto la prestación que se reconozca es claramente inferior?

2. No obstante, como venimos diciendo, debemos relacionar el efecto de una cotización reducida en la pensión por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo con el complemento (ficticio) hasta alcanzar el 100 % de la base de cotización como si se tratara de una cotización a tiempo completo, teniendo en cuenta que este complemento se reconoce como una prestación contributiva. Así, adicionalmente, se alberga la duda sobre si esa prestación pública, cuando cubre un riesgo de accidente laboral, y aunque aparentemente sea neutra, pero que produciría efectos perjudiciales mayoritariamente a las mujeres, es contraria a los principios del derecho primario y derivado de la Unión Europea.

Segunda cuestión: Teniendo en cuenta que la norma española que establece la forma de cálculo de las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo —artículo 60.2 del Decreto de 22 de junio de 1956— tiene en cuenta el salario efectivamente percibido en el momento del accidente, y que el régimen público de Seguridad Social español prevé como una prestación familiar contributiva —artículo 237.3 de la Ley General de la Seguridad Social— que durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado del menor, previsto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, se computan incrementadas hasta el 100 %, y que según datos estadísticos el 90 % de las personas que solicitan la reducción son mujeres, ¿son contrarias al artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a los artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE y al artículo 5 de la Directiva 2006/54/CE, y constituyen una discriminación indirecta por razón de sexo, las normas españolas que se han detallado?

RESUELVO

Primero. Plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formulando las siguientes preguntas:

Primera cuestión: ¿Es contraria a la normativa europea recogida en los art. 4 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; y art. 5 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), la norma española sobre cálculo de la base reguladora de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, recogida en el art. 60 del Decreto de 22 de junio de 1956, en tanto que estaríamos ante un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que son las mujeres las que mayoritariamente reducen la jornada de trabajo para cuidado de menores y por tanto la prestación que se reconozca es claramente inferior?

[OMISSIS]

Segunda cuestión: Teniendo en cuenta que la norma española que establece la forma de cálculo de las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo —artículo 60.2 del Decreto de 22 de junio de 1956— tiene en cuanta el salario efectivamente percibido en el momento del accidente, y que el régimen público de Seguridad Social español prevé como una prestación familiar contributiva —artículo 237.3 de la Ley General de la Seguridad Social— que durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado del menor, previsto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, se computan incrementadas hasta el 100 %, y que según datos estadísticos el 90 % de las personas que solicitan la reducción son mujeres ¿Son contrarias al artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a los artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE y al artículo 5 de la Directiva 2006/54/CE, y constituyen una discriminación indirecta por razón de sexo, las normas españolas que se han detallado?

Segundo. Suspender el curso del presente proceso principal en tanto la cuestión prejudicial se resuelva [OMISSIS] [fórmulas procesales finales y firma del magistrado]

[OMISSIS].

[fórmulas relativas al tratamiento de los datos personales de los interesados]