

Pensiones por contingencia profesional en situaciones de reducción coyuntural de jornada. Una regulación discriminatoria (con y sin perspectiva de género)*

Calculation of pensions arising from occupational risks for workers on reduced working hours. A discriminatory regulation (with and without a gender perspective)

Iván Antonio Rodríguez Cardo

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

ORCID ID: 0000-0003-0721-467X

Recibido: 12/5/2025

Aceptado: 15/6/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9667

Resumen: El TJUE no ha encontrado evidencias suficientes, al menos en el plano estadístico, para concluir que el cálculo de la pensión de IP por contingencias profesionales de quienes disfrutaban de una reducción de jornada por motivos de conciliación incurre en una discriminación por razón de sexo, pese a que la base reguladora se determina a partir del salario percibido en el momento del hecho causante, inferior al ordinario precisamente por encontrarse el trabajador en reducción de jornada. La falta de estadísticas apropiadas no debería ser obstáculo para calificar como discriminatoria esa regulación. Tanto el ordenamiento español como el Derecho de la UE permiten llegar a esa conclusión en todos los supuestos de reducción coyuntural de jornada, sin necesidad de apoyar la argumentación exclusivamente en la discriminación por razón de sexo.

Palabras clave: Seguridad Social, incapacidad permanente, trabajo a tiempo parcial, TJUE, reducción de jornada.

Abstract: The CJEU has not found sufficient evidence –at least from a statistical perspective– to conclude that the calculation of permanent disability pensions arising from occupational risks for workers on reduced working hours due to work–life balance measures constitutes sex discrimination. This is despite the fact that the regulatory base is calculated on the salary received at the time the contingency arises, which is lower than usual precisely because the worker is on reduced hours. The absence of appropriate statistics should not prevent this regulation from being deemed as discriminatory. Spanish law and EU law

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título “El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por María Antonia Castro Argüelles e Iván Rodríguez Cardo (referencia: PID2020-118499GB-C32).

support this conclusion in all cases of temporary reductions in working hours, without relying exclusively on sex discrimination.

Keywords: Social Security, permanent disability benefits, part-time work, CJEU, reduction in working hours.

1. Introducción

El cálculo de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social ha sido, y sigue siendo, objeto de un minucioso escrutinio a partir de los principios de igualdad y no discriminación, principalmente en relación con el sexo. Al margen del complemento por maternidad/brecha de género, que adquiere sustantividad propia y se basa en la existencia de una diferencia ya constatada estadísticamente, el principal propósito consiste en eliminar cualquier elemento o factor que pueda dar lugar a prestaciones más reducidas para las mujeres. Ya ha quedado suficientemente demostrado, y el trabajo a tiempo parcial ha proporcionado valiosos ejemplos, que reglas que se presentan aparentemente como una opción técnica inocua contribuyen a la brecha prestacional.

No obstante, la jurisdicción ordinaria muestra cierta cautela al abordar esta problemática, y han sido el TC y el TJUE los que han provocado los puntos de inflexión más relevantes. El Tribunal de Luxemburgo, en concreto, se ha erigido en singular protagonista, impulsando en España varias reformas legales de distintas prestaciones, como la pensión de jubilación y la prestación por desempleo, que han debido adecuarse a los nuevos parámetros establecidos por ese órgano con el fin de respetar el derecho antidiscriminatorio de la UE.

La STJUE KT, de 10 de abril de 2025¹, contaba con un potencial similar para obligar a una reforma legal, o cuando menos a una interpretación de la normativa española que no se basara exclusivamente en la literalidad de los preceptos directamente aplicables, pero el Tribunal llegó a una conclusión que resulta sorprendente atendiendo a los precedentes, pues consideró que la fórmula de cálculo de las pensiones de IP por contingencia profesional aplicable a quienes se encuentran en situación de reducción de jornada por motivos de conciliación no es contraria al Derecho de la UE, o no lo es en tanto no se presente un material probatorio más aquilatado.

Es una sentencia que, obviamente, se presta al análisis, y a la crítica, de sus argumentos y su fallo. Pero también merece una reflexión de más amplio espectro, pues pone de manifiesto que determinadas inercias recientes llevan a buscar en el Derecho de la UE, y en el refuerzo de autoridad del TJUE, una respuesta que habría de poder construirse a partir de los mimbres que ofrece nuestro ordenamiento interno. De lo contrario, la falta de exploración de esas vías domésticas pudiera conducir a perpetuar una discriminación por el hecho de que determinados asuntos no encajen completamente en el peculiar molde antidiscriminatorio del Derecho de la UE, o bien porque quizá no se han planteado con la debida corrección técnica ante el Tribunal de Luxemburgo.

¹ Asunto C-584/23.

2. La fórmula de cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP

Las reglas para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP difieren en atención a la contingencia de la que deriva la prestación. La enfermedad común cuenta con la fórmula de mayor complejidad –más aún que la pensión de jubilación–, pues se toman como referencia las bases de cotización de los ocho años anteriores al hecho causante (96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante, en realidad) únicamente para los mayores de 52 años, debiendo adaptarse la fórmula de cálculo para beneficiarios más jóvenes. Además, y al margen de la eventual integración de lagunas de cotización, se introduce un factor corrector que tiene en cuenta el tiempo de cotización para aplicar al resultado inicial un porcentaje equivalente al que hipotéticamente correspondería a la pensión de jubilación, con el propósito principal de evitar que las pensiones de IP por enfermedad común de personas de edad avanzada sin una amplia carrera de cotización puedan resultar superiores a la pensión de jubilación que les correspondería. El resultado de esas operaciones constituye la base reguladora, a la que habrá de aplicarse el porcentaje pertinente en función del grado de IP.

En cambio, el art. 197 LGSS no proporciona pautas precisas para el cálculo de las pensiones de IP derivadas de otras contingencias. En realidad, el art. 196.6 advierte que «las prestaciones a que se refiere el presente artículo se harán efectivas en la cuantía y condiciones que se determinen en las normas de desarrollo de esta ley», lo que supone que esas reglas se encuentran en añejas normas reglamentarias preconstitucionales, dictadas en un marco normativo muy distinto, pero que todavía perduran, aunque no siempre plenamente adaptadas a las evoluciones más recientes.

En el caso de accidente no laboral, el art. 7.1 del Decreto 1646/1972 dispone que la base reguladora «será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión». Se prescinde en este caso de ulteriores correcciones, de modo que ni siquiera se integran eventuales lagunas de cotización².

Por su parte, el cálculo de la base reguladora de la IP por contingencias profesionales pretende simplificarse, y a la vez resultar más beneficioso. Aunque con alguna precisión más reciente, como por ejemplo la DA 11^a RD 4/1998³, sigue vigente el art. 15.2.b) de la Orden de 15 de abril de 1969, en cuya virtud «cuando la incapacidad permanente proceda de accidente de trabajo o enfermedad profesional, y en tanto que la cotización correspondiente a dichas contingencias continúe efectuándose sobre las retribuciones efectivamente percibidas, de acuerdo con lo preceptuado en el número 8 de la disposición

² Vid. STS de 10-4-2001 (recurso 3999/2000).

³ «A efectos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, el cociente que resulte de dividir la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al hecho causante, entre el número de días realmente trabajados por aquél en el mismo período, se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso, se aplicará el multiplicador que corresponda».

transitoria tercera de la Ley de la Seguridad Social, serán de aplicación, para determinar la base reguladora, las normas que para la incapacidad permanente establecía el capítulo V del Reglamento aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, o las que expresamente apruebe el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo, para sustituir aquellas por otras específicas para la incapacidad permanente que se regula en el presente capítulo».

De este modo, la base reguladora de las pensiones de IP por contingencia profesional se calcula a partir del salario real del trabajador en el momento del hecho causante, conforme a lo establecido por el art. 60 del Reglamento de accidentes de trabajo de 22 de junio de 1956. Es una fórmula que ha perdurado en el tiempo y que, en apariencia, resulta más beneficiosa para el trabajador que otras opciones de cálculo, toda vez que no toma en consideración largos períodos que puedan incluir reducciones de salario o lapsos de inactividad, amén de que comprende todo el salario, inclusive la retribución por horas extraordinarias, excluida de la base de cotización por contingencias comunes.

3. Las correcciones legales con el fin de evitar perjuicios en situaciones de reducción de jornada por motivos de conciliación

Las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva tienen la naturaleza, en esencia, de rentas de sustitución, y pretenden compensar el salario que deja de percibir el trabajador cuando se actualiza una contingencia protegida. Se justifica sin dificultad que su cuantía se determine en función de la retribución previa, si bien de forma mediata a través de las bases de cotización, cuyo importe coincide esencialmente con la remuneración mensual incrementada con la prorrata de las pagas extraordinarias (art. 147 LGSS).

También es razonable que en función de la prestación concreta, y en particular de la mayor o menor duración prevista, el cálculo de la base reguladora tome en cuenta lapsos de tiempo diferentes. De este modo, en prestaciones que previsiblemente contarán con una duración limitada el período para el cálculo es breve, incluso coincidente con el mes anterior, mientras que en prestaciones de más larga duración, y en particular las vitalicias, se pretende que el importe final conecte más estrechamente con el esfuerzo contributivo real del beneficiario en un período significativo de su vida activa.

Sin embargo, algunas circunstancias coyunturales pueden romper esa correspondencia, dando lugar a resultados disfuncionales en los que el beneficiario podría disfrutar de una protección mejorada o minorada por elementos o factores que no deberían contar con un efecto tan intenso porque no responden a la realidad de la carrera de seguro. Son, por consiguiente, anomalías contrarias al principio de proporcionalidad que conviene corregir en aras a un funcionamiento más adecuado y coherente del Sistema.

A modo de ejemplo, la base reguladora de la IT toma en cuenta la base de cotización del mes anterior a la baja. En el caso de contingencias profesionales, la retribución por horas extraordinarias del mes anterior podría resultar determinante en el importe del subsidio y no responder a la realidad ordinaria del trabajador, que quizá realizó muchas

horas de esa naturaleza cuando habitualmente no era usual, o bien excepcionalmente no le fue encomendada ninguna pese a que en los meses precedentes habían sido muy numerosas. De ahí que el art. 13.4 del Decreto 1646/1972 precise que no sólo el importe de las pagas extraordinarias, sino también el de «aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico», han de computarse «mediante el promedio de la base de cotización correspondiente a tales conceptos durante los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación de la situación de incapacidad».

El propósito es que la prestación reconocida se ajuste a la pérdida verdaderamente sufrida. No sorprende, así pues, que el art. 237.3 LGSS introduzca una corrección, a modo de «prestación familiar en su modalidad contributiva», con el fin de paliar las consecuencias negativas de las reducciones de jornada por motivos de conciliación, situaciones en las que efectivamente se minora la base de cotización, y con ello resultarían afectadas las prestaciones. Para evitar perjuicios al beneficiario, la ley exige que las «cotizaciones» correspondientes se computen «incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo», de modo que la base reguladora no se vea afectada pese que la cotización real responda al salario minorado que efectivamente se percibe⁴.

En sentido análogo, el apartado 4 del art. 237 LGSS añade que también procede ese beneficio de elevación al 100% de las bases de cotización, «a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan», en el supuesto de excedencias por cuidado de hijos u otros familiares que hayan venido precedidas de una reducción de jornada por guarda legal.

A través de estas mejoras de la base de cotización –que suelen recibir el nombre de “ficticias”– el legislador pretende evitar que una circunstancia coyuntural, la minoración del tiempo de trabajo por razones de conciliación, desemboque en un perjuicio a largo plazo, como sería una reducción significativa del importe de las prestaciones de Seguridad Social. Este factor de corrección, como se sabe, también ha alcanzado al ámbito laboral, toda vez que la DA 19ª ET precisa que «en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.4 en su párrafo final, así como en sus apartados 5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legal-

⁴ «Las cotizaciones realizadas durante los tres primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el primer párrafo del artículo 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 se referirá igualmente a los tres primeros años en los demás supuestos de reducción de jornada contemplados en el primer y segundo párrafo del mencionado artículo. Las cotizaciones realizadas durante los períodos en que se reduce la jornada en el último párrafo del apartado 4, así como en el tercer párrafo del apartado 6 del artículo 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».

mente establecido para dicha reducción». Y esa es igualmente la regla «en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos» a la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor (arts. 48.4 y 48.5 ET) y permiso parental (art. 48.5 ET).

Sin embargo, y en el específico ámbito de la Seguridad Social, el hecho de que las modificaciones legales hayan circunscrito su radio de acción a las «bases de cotización» genera una dificultad para las prestaciones derivadas de contingencias profesionales que calculan la base reguladora en atención al salario real –pensiones de IP y por muerte y supervivencia–, evidentemente menor durante una reducción de jornada. El resultado final del cálculo es más perjudicial para esas prestaciones, porque atienden al salario efectivamente reducido, sin que se haya introducido ningún factor de corrección, como sí sucede en las prestaciones por contingencias comunes, precisamente por tomar como referencia bases de cotización.

4. La cuestión prejudicial ante el TJUE: una vía frustrada (en esta ocasión) para eludir la interpretación literal del derecho interno

Como ya se advirtió, la STJUE KT llega a la conclusión de que 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que establece que la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo se calcula sobre la base del salario efectivamente percibido por el trabajador en la fecha del accidente, incluso en el caso de un trabajador que, en esa fecha, disfrutase de una reducción de jornada para cuidar a un menor, en una situación en la que el grupo de trabajadores que se acogen a dicha medida esté constituido en su gran mayoría por mujeres».

Esa toma de posición parece sustentarse en una prueba estadística poco concluyente, como deriva del apartado 44 («los datos estadísticos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente no permiten acreditar que un grupo de trabajadores especialmente perjudicados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal esté mayoritariamente compuesto por mujeres que se han acogido a una reducción de jornada para ocuparse de un menor»). Cabe suponer, por tanto, que en presencia de datos estadísticos más aquilatados la conclusión sería otra, aunque quizá no resulte sencillo obtener datos estadísticos precisos sobre ese particular, o al menos no en el corto plazo, y ello podría desembocar en resultados insatisfactorios.

Al margen de esta dificultad procesal, cabría cuestionar por qué parece imprescindible la intervención del TJUE para vencer ciertas inercias, más allá de lo significativo que resulta que un alto porcentaje de las cuestiones prejudiciales provengan de los mismos órganos (el que da origen a la STJUE KT ha planteado varias en los últimos años), que, de alguna manera, se sirven de esa herramienta procesal como una fórmula sofisticada de activismo judicial. Obviamente, la cuestión prejudicial es un instrumento procesal per-

fectamente legítimo, pero se aprecia, en unas ocasiones, un uso abusivo, pues se pretende eludir normas internas que no son del agrado del juzgador; y, en otras, algún grado de deslealtad entre jueces, al no compartir el criterio sentado por el TS y/o el TC, y no querer exponerse al reproche de esos tribunales si se contradice su doctrina. No es esa, en apariencia, la situación en este caso, porque la duda que se plantea es legítima⁵, y los datos estadísticos también razonables, aunque no resulten suficientemente precisos para el TJUE.

Sin embargo, conviene poner de manifiesto que todo órgano jurisdiccional que plantea una cuestión prejudicial está legitimado para aplicar la norma interna a partir de la interpretación que postula del Derecho de la UE, si considera que es la correcta. No necesita la conformidad del TJUE, porque el juez nacional es juez comunitario⁶, esto es, disfruta de plena legitimidad para interpretar el Derecho de la UE y no tiene obligación de plantear una cuestión prejudicial cuando está convencido de la interpretación de la norma correspondiente del acervo comunitario. A pesar de ello, se aprecia una tendencia cada vez más acusada en el ámbito social a buscar el respaldo del TJUE con el fin de forzar cambios de doctrina, porque ante un eventual recurso los tribunales superiores no estarían valorando la interpretación personal del juez nacional, sino la interpretación del Derecho de la UE efectuada por el máximo órgano con competencia para ello.

Ahora bien, se plantea un problema distinto cuando el TJUE no comparte la opinión del juez nacional y considera que no se ha producido la vulneración del Derecho de la UE, porque no están claras las consecuencias que deben extraerse en el orden interno. Así sucede en el supuesto de la STJUE KT, que no estima que se haya producido una transgresión del principio de igualdad de trato consagrado en las normas del Derecho de la UE alegadas por el juez nacional, en concreto el art. 8 TFUE, los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los arts. 4 de las Directivas 79/7 y 2006/54. En esencia, el órgano jurisdiccional español consideraba que la fórmula de cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP por contingencia profesional provoca una discriminación indirecta por razón de sexo cuando el hecho causante se produce durante una situación de reducción de jornada por motivos de conciliación, y el TJUE no aprecia que las mujeres sean afectadas de forma mayoritaria, ante la falta de precisión de los datos estadísticos.

Esa decisión podría abocar a una situación de incertidumbre, de cierta parálisis, toda vez que los esfuerzos podrían centrarse en encontrar estadísticas más apropiadas, pero no está claro si existen, ni quién debe elaborarlas, ni cuál es el procedimiento, ni el tiempo que será necesario para disponer de ellas. Ésa es, desde luego, una perspectiva de aproximación, pero no la única, porque el análisis no ha de descansar exclusivamente sobre aspectos procesales, sino que debe atender al fondo del asunto. Más concretamente, la decisión del TJUE basada en la insuficiencia de la prueba estadística no impide al juez nacional ofrecer otra respuesta, que podría estar sustentada en Derecho de la UE (bien

⁵ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ¿Un principio en decadencia?*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2024, pp. 181 y ss.

⁶ Vid. RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Fundación Universidad Empresa, 1993, pp. 12 y ss.a

en otras normas, bien en las mismas, pero a partir de datos estadísticos más aquilatados), o bien en derecho nacional. A la postre, desde una perspectiva dogmática no se encuentra ninguna razón para considerar que los principios de igualdad y no discriminación disfruten de una protección reforzada en Derecho de la UE, o que no se pueda llegar a una tutela óptima a partir de la legislación interna.

5. La perspectiva de género como sustento de la discriminación: dificultades ante la insuficiencia de la prueba estadística

Las significativas y abundantes decisiones judiciales que calificaban como discriminatorios algunos de los pilares esenciales sobre los que se erigía la protección de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial obligaron a modificar las reglas sobre los períodos de carencia y cálculo de las prestaciones para ese colectivo. En esencia, el TC⁷ y el TJUE⁸ llegaron a la conclusión de que el trabajador a tiempo parcial sólo debía sufrir las consecuencias de percibir un salario más reducido que el de un trabajador a tiempo completo. Ello implicaría una minoración “natural” de sus bases de cotización, y con ello de la base reguladora, debiendo evitarse cualquier otro coeficiente o elemento corrector que pudiera dar lugar a una penalización o perjuicio adicional y no justificado.

Esa jurisprudencia se ha apoyado en la igualdad y no discriminación por razón de sexo, pues el trabajo a tiempo parcial es una actividad feminizada y, por consiguiente, el perjuicio sufrido por los trabajadores a tiempo parcial afecta más significativamente a las mujeres. Esta perspectiva de aproximación encierra algún peligro, porque provoca que en el trabajo a tiempo parcial pierda peso el principio de proporcionalidad a favor de la prueba estadística. Se produce con ello una situación anómala, porque el cuestionamiento de las reglas sobre trabajo a tiempo parcial se realiza desde la estricta perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, desplazando al principio de proporcionalidad a un rol secundario.

No conviene olvidar que el trabajo a tiempo parcial es una categoría con sustantividad propia, y que el trabajador a tiempo parcial puede ser objeto de discriminación por esa concreta condición (art. 12 ET), y no únicamente por el hecho de que esa modalidad esté integrada mayoritariamente por mujeres, circunstancia que puede ser coyuntural, y en ocasiones jurídicamente irrelevante o redundante. Sin embargo, el transcurso del tiempo ha llevado a una excesiva e inadecuada simplificación de los planteamientos. Como regla general, la anulación de la normativa reguladora del trabajo a tiempo parcial debería estar basada en una defectuosa configuración del principio de proporcionalidad, de modo que el trabajador a tiempo parcial, por tal condición, sufriera un perjuicio en relación con un trabajador a tiempo completo. Ése es un análisis jurídico estricto donde los términos de comparación son el trabajador a tiempo parcial y el trabajador a tiempo

⁷ Por todas, vid. SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, y 156/2014, de 25 de septiembre.

⁸ Por todas, vid. STJUE Cachaldora Fernández (de 14-4-2015, asunto C-527/13).

completo. El recurso a datos estadísticos para una eventual valoración de la discriminación indirecta por razón de sexo podría utilizarse como argumento *ex abundancia*, o a efectos de una eventual indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales (art. 183 LRJS), aunque en puridad no resultaría necesario para declarar la nulidad de la norma, acto o conducta discriminatoria.

Sin embargo, en los últimos años se ha desvirtuado esa operación al invertir la lógica interpretativa, pues el argumento *ex abundancia* ha ganado protagonismo, centrandolo en la discriminación por razón de sexo y no en otros aspectos más adecuados desde una perspectiva jurídica, como la razón de la diferencia o el principio de proporcionalidad, seguramente porque se entiende que a partir de la estadística es más sencillo alcanzar el resultado pretendido.

En verdad, resulta muy difícil imaginar que sea posible calificar como discriminatoria una regulación sobre el trabajo a tiempo parcial cuando se llegase a la conclusión de que el criterio de proporcionalidad ha sido correctamente implementado. Esto es, si los trabajadores a tiempo parcial disfrutaran exactamente de los mismos derechos que un trabajador a tiempo completo, pero en proporción a las horas trabajadas, no parece que pueda sostenerse que la presencia mayoritariamente femenina en el trabajo a tiempo parcial pueda dar lugar a una discriminación. Por consiguiente, la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación radicaría en la deficiente configuración de la proporcionalidad entre trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, y no estrictamente en la presentación de una prueba estadística más o menos aquilatada, porque, conviene insistir, la diferencia de trato no justificada entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo es una causa de discriminación autónoma y con sustantividad propia, que no requiere del refuerzo de la discriminación por razón de sexo⁹.

En este sentido, ha de evitarse el reduccionismo que supone analizar la problemática del trabajo a tiempo parcial exclusivamente a partir de la perspectiva de género, pues las mujeres no son mayoría en todas las modalidades o sectores de esa clase de actividad; y, al contrario, una estadística que no demuestre la feminización no debería hacer decaer automáticamente la pretensión de discriminación. En definitiva, debe ponerse el acento en la correcta implementación del principio de proporcionalidad. Si el trabajador a tiempo parcial, como tal, se ve perjudicado de manera desproporcionada, no hay razón para no considerar la medida discriminatoria, aunque eventualmente afectase a más hombres que mujeres¹⁰. De este modo, la ausencia de prueba estadística aquilatada en el caso de

⁹ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., "Igualdad y no discriminación en el trabajo a tiempo parcial: la pertinencia de la perspectiva de género y de la prueba estadística", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2018, pp. 153 y ss.

¹⁰ «Seguramente las sentencias 253/2004, 49/2005, 50/2005, 61/2013, 71/2013, 72/2013, 116/2013 y 117/2013 habrían fallado en el mismo sentido estimatorio aun cuando los afectados fueran hombres, toda vez que la proporcionalidad múltiple vulnera en sí misma el principio de igualdad ante la ley. Y, por el contrario, si dicho exceso en la proporcionalidad no existiera, posiblemente las sentencias habrían sido desestimatorias, al encontrar justificación objetiva y razonable en el posible efecto adverso para las mujeres trabajadoras a tiempo parcial»; cfr. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., "Ley General de Seguridad Social y trabajo a tiempo parcial: Sentencia TC 253/2004, de 22 de diciembre", en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 365.

la STJUE KT no debe ser obstáculo para calificar como discriminatoria la regulación española si perjudica especialmente a los trabajadores a tiempo parcial. Sin embargo, ese análisis no está exento de dificultades interpretativas.

6. La aplicación de las reglas para trabajadores a tiempo parcial como origen de disfunciones

Partiendo de las consideraciones precedentes, podría parecer evidente que el cálculo de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores en situación de reducción de jornada debe efectuarse, en principio, conforme a las reglas previstas para los trabajadores con contrato a tiempo parcial. Sin embargo, esa equiparación automática plantea alguna dificultad conceptual. Como se sabe, desde la perspectiva española un trabajador a tiempo parcial no es cualquier trabajador que presta servicios con jornada reducida en un determinado período temporal, sino aquél que se vincula por un contrato que, de por sí, se configura con esa jornada reducida y que no puede convertirse en contrato a tiempo completo en contra de su voluntad. Dicho de otro modo, el trabajador a tiempo completo que disfruta de una reducción de jornada coyuntural por motivos de conciliación no se convierte en trabajador a tiempo parcial, porque su parcialidad no es permanente ni consustancial al contrato. No se produciría una novación, pues el disfrute de esta clase de permisos no afecta a la naturaleza del contrato ni lo transforma en contrato a tiempo parcial¹¹.

Evidentemente, durante el período coyuntural de prestación de servicios con jornada reducida será necesario aplicar el principio de proporcionalidad, la regla *pro rata temporis*, precisamente porque no se desarrolla la jornada completa. Ello afectará al salario, al menos si se ha pactado estrictamente por unidad de tiempo. En cambio, la aplicación del principio de proporcionalidad no habría de extenderse a otras parcelas conexas cuando la reducción de jornada no vaya a mantenerse en el tiempo, porque en tal caso los parámetros de comparación no resultan adecuados, y no ya por meras expectativas o ficciones, sino por la realidad misma. Los derechos de Seguridad Social son un ejemplo claro.

Como bien se sabe, las prestaciones de Seguridad Social, al menos en la modalidad contributiva, tienen la naturaleza de rentas sustitutivas del salario que se deja de percibir. Desde esa perspectiva, y aunque quizá podrían elaborarse argumentos en contrario, es razonable que un modelo como el español calcule las prestaciones de Seguridad Social

¹¹ «En el caso presente, la madre a la finalización del permiso parental tenía concertado con la empresa un contrato de trabajo a jornada completa. Esta relación contractual laboral ni se novó, ni sufrió modificación respecto a su naturaleza, ni se convirtió por voluntad de las partes en contrato parcial. El contrato continuó siendo a jornada completa, y lo único que se alteró, hasta el plazo máximo legal, fue la duración de la jornada y consecuentemente el salario y cotización. Pero esta alteración que produce sus efectos en relación con el empresario, no cabe predicarla respecto a la base reguladora de la prestación por desempleo de la seguridad social, pues en tal contingencia ha de partirse la existencia de jornada completa, que tendría la madre al finalizar el período temporal durante el que se le concedió la reducción de la jornada, no en su propio beneficio sino “por razones de guarda legal”»; cfr. STS de 6-4-2004 (recurso 4310/2002).

derivadas de un trabajo a tiempo parcial a partir de las cotizaciones efectivamente satisfechas, y con ello que la prestación final, aun cuando fuera vitalicia, se ajuste al salario que efectivamente se dejó de percibir en el momento del hecho causante.

Sin embargo, en el caso de reducciones de jornada coyunturales la aplicación estricta de las reglas legales, y con ello del principio *pro rata temporis*, causa un perjuicio desmedido al beneficiario, pues, a diferencia del contrato a tiempo parcial, no es ésa una situación llamada a mantenerse, sino con una fecha definida de finalización en la que el trabajador habría debido retornar a sus condiciones previas, a prestar servicios a tiempo completo, de modo que una prestación de Seguridad Social vitalicia calculada conforme a las condiciones concretas del momento del hecho causante no se ajusta a la realidad material, sino que perpetúa en el tiempo una situación coyuntural, y provoca que la reducción de jornada temporal se convierta en permanente a efectos de Seguridad Social, una foto fija o escenario congelado que desplegará sus efectos aun cuando la situación de base laboral haya finalizado, provocando un daño a los derechos del trabajador que no se justifica a partir del principio de proporcionalidad. Dicho de otra forma, el trabajador en situación coyuntural de jornada es un trabajador a tiempo completo, pero a efectos de Seguridad Social percibe una prestación como si fuera un trabajador con contrato a tiempo parcial.

Obviamente, si el propósito de las prestaciones de Seguridad Social consiste en compensar el lucro cesante, carece de sentido considerar que las rentas que dejará de percibir hacia el futuro un trabajador a tiempo completo afectado por una incapacidad permanente coinciden con el salario que temporalmente, y quizá durante un período muy limitado en el tiempo, venía percibiendo debido a vicisitudes normales de la relación laboral, o incluso al ejercicio de derechos legalmente reconocidos, algunos de ellos de naturaleza fundamental.

En otras palabras, el principio de proporcionalidad justificaría, por ejemplo, un importe reducido, acorde con el salario realmente percibido, respecto de prestaciones de corta duración (*v.gr.*, prestación por nacimiento y cuidado del menor o incapacidad temporal), y siempre que la situación de base laboral que justificó el salario minorado se mantenga. En cambio, si esa circunstancia desaparece y el trabajador tuviera derecho a recuperar el salario íntegro que corresponde como trabajador a tiempo completo, lo razonable, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, sería que la prestación se actualizase y respondiera verdaderamente a la pérdida sufrida.

Como es fácil de comprender, el cálculo de la base reguladora de las prestaciones tomando en consideración esa retribución coyuntural más reducida sin ningún factor de corrección provoca una notable disfunción sobre la que es imprescindible actuar, y no siempre la ley contempla reglas concretas al efecto. Es, en verdad, una anomalía que no puede resolverse a partir de las pautas generales de equiparación entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial, ni tampoco a partir de los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, porque no siempre está claro, o no siempre se puede probar, que el perjuicio afecte mayoritariamente a la mujer.

7. Más allá de los derechos de conciliación: ERTes, cumplimiento de deberes públicos y autonomía de la voluntad como otros supuestos problemáticos

La STJUE KT ha provocado cierta perplejidad, amén de insatisfacción e incompreensión, pues se esperaba una respuesta distinta. Las críticas principales descansan en una incorrecta valoración del impacto sobre las mujeres, y la discriminación por razón de sexo se considera evidente cuando el perjuicio se produce por el disfrute de derechos de conciliación¹². Sin embargo, abordar esta clase de situaciones exclusivamente desde la perspectiva de género es insatisfactorio, por reduccionista, toda vez que los derechos de conciliación no son el único supuesto en que puede acontecer una problemática similar.

Piénsese, por ejemplo, en un trabajador que haya sido elegido como jurado popular en un procedimiento penal. El art. 37.3.d) ET permite considerar esa situación como un permiso retribuido, que eventualmente podría mutar en excedencia forzosa. Como permiso retribuido, sin embargo, el precepto advierte que «en el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa». De acuerdo con el Anexo I del RD 385/1996, de 1 de marzo, los jurados tienen derecho a una retribución diaria de 67 euros, lo que podría derivar, dependiendo de la duración del juicio, en un salario ciertamente reducido durante algún mes, sin que se hayan previsto reglas de adecuación o ajuste en el marco de la Seguridad Social.

En efecto, la base de cotización se calculará conforme al salario efectivamente percibido, sin ninguna corrección, lo que supone que el importe de las prestaciones de Seguridad Social causadas durante esa peculiar situación se verá afectado negativamente, y no sólo en relación con las contingencias profesionales, como sucede con los derechos de conciliación, sino también en las contingencias comunes, precisamente por la falta de reglas de ajuste.

Una situación análoga podría acontecer en el caso de que empresario y trabajador llegasen a un acuerdo de reducción de jornada temporal por cualesquiera motivos, incluso de índole personal (*v.gr.*, preparación de exámenes/oposiciones, participación en programas de televisión, etc.). La reducción del salario durante ese lapso temporal afectaría asimismo de forma permanente a las prestaciones cuyo hecho causante coincidiera con esa situación.

Como se puede comprender, es profundamente insatisfactorio, y contrario a los pilares que inspiran un modelo contributivo, que el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social prescindiera del contexto (pasado, presente y, en su caso, futuro) y tome como referencia un momento fijo e invariable no susceptible de corrección. Es una consecuencia, sin duda, de la opción legal, pues el legislador ha apostado por un modelo de carácter estático, en el que la cuantía de las prestaciones se calcula en el momento del hecho

¹² Vid. GALA DURÁN, C., “Reducción de jornada por cuidado de hijos y cálculo de la pensión por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo: ¿Posible discriminación indirecta por razón de sexo?” (Comentario a la STJUE de 10 de abril de 2025, asunto C-584/23)”, *Briefs AEDTSS*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2025.

causante y no varía durante su percepción, a salvo de situaciones de incompatibilidad, total o parcial, con el trabajo.

Es cierto que, de forma excepcional, se han introducido algunos remedios para limitar los perjuicios potenciales de algunas situaciones, en forma de factor corrector, aunque no en todos los casos ni para todas las prestaciones. La mayoría de esos remedios conectan con el ejercicio de derechos de conciliación, y por tanto pretenden evitar la discriminación por razón de sexo, y con ello el incremento de la brecha prestacional. Ahora bien, no son los únicos, pues el art. 153.bis LGSS contempla una fórmula con análoga finalidad para evitar perjuicios a largo plazo durante los ERTes, al disponer que las «bases de cotización a la Seguridad Social para el cálculo de la aportación empresarial por contingencias comunes y por contingencias profesionales, estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización en la empresa afectada correspondientes a dichas contingencias de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al mes anterior al del inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato». Se pretende, precisamente, que los periodos de reducción de jornada no perjudiquen a las prestaciones de Seguridad Social, ni a las causadas durante la reducción de jornada, ni a las futuras.

Sin embargo, es un factor corrector –no ficticio, porque la cotización no sufre merma– del que no disfrutaban quienes ven minorada su retribución por ser elegidos como jurado popular, ni tampoco quienes reducen jornada por acuerdo con el empresario. No obstante, aun cuando la ventaja es evidente, es un remedio incompleto que plantea la misma dificultad que el ejercicio de los derechos de conciliación en relación con las pensiones de IP o muerte y supervivencia derivadas de contingencia profesional. En tales prestaciones el cálculo a partir del salario real del trabajador, y no de la base de cotización, deriva en un perjuicio a largo plazo por el limitado alcance de ese factor corrector.

El problema es análogo, y el origen también –la defectuosa, por incompleta, configuración del remedio–, por lo que resulta insatisfactorio plantear el debate en los estrictos términos del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Evidentemente, ese es el fundamento principal del factor de corrección respecto de los derechos de conciliación, pero la argumentación no es extrapolable a todos los casos, porque el problema reside en tratar como trabajador con contrato a tiempo parcial a quien técnicamente es, y seguirá siendo, un trabajador a tiempo completo.

8. Remedios técnicos en el plano de la legalidad ordinaria

El perjuicio en el cálculo de las pensiones de IP por contingencia profesional en supuestos de reducción de jornada por motivos de conciliación que ha puesto de manifiesto la STJUE KT, y que puede extenderse a otras situaciones como se acaba de indicar, no es una opción legal consciente y buscada. Es una consecuencia que tiene su origen en un defecto de técnica legislativa, uno más de una cadena lamentablemente larga en los últimos años. Y, curiosamente, es un error que deriva del diseño incorrecto de un re-

medio que pretende, incuestionablemente, evitar perjuicios de esa índole. En efecto, el legislador asume que la mejora ficticia de las bases de cotización durante el período de reducción de jornada permite eludir cualquier repercusión negativa sobre las prestaciones de Seguridad Social, sin percatarse de que no todas las bases reguladoras se calculan sobre bases de cotización. El remedio, por tanto, es incompleto, al no alcanzar a todas las potenciales situaciones afectadas. De alguna manera, es un defecto de técnica legislativa análogo al que tiene lugar cuando se transponen directivas de la UE a través de la modificación exclusivamente del ET, de modo que la transposición no llega a colectivos que se rigen por otras normas, como sucede con quienes se encuentran en el ámbito de una relación laboral especial, o incluso con los funcionarios públicos, incluidos como sujetos protegidos en algunas directivas aparentemente “laborales”. De manera manifiestamente equivocada el legislador toma la parte por el todo.

En ausencia de una reforma normativa que proporcione una regulación más ajustada, podría considerarse que no es posible rectificar el error por vía interpretativa, pues habría de primar la interpretación literal. Es cierto que la jurisprudencia en materia de Seguridad Social ha sido notablemente generosa, y muy creativa, para adoptar soluciones al margen de lo dispuesto en la ley. La doctrina humanizadora, los días-cuota o la teoría del paréntesis son ejemplos suficientemente ilustrativos. No obstante, también son criterios que provocan ciertas fisuras en el principio de seguridad jurídica¹³, por lo que cabría defender que allí donde el legislador ha intervenido expresamente y ha introducido un factor corrector no cabe ir más allá de lo querido por la norma. En otras palabras, si el legislador ha decidido que el remedio afecta a las bases de cotización y no ha reformado la manera de calcular la base reguladora de las prestaciones por contingencias profesionales, podría defenderse que, simplemente, no era ésa su intención, o que, si ha cometido un error, las consecuencias no pueden eludirse o alterarse por vía exegética.

Como opciones técnicas esas reglas pueden resultar operativas, y son tan adecuadas o pertinentes como otras posibilidades potenciales. Sin embargo, ello no debería implicar que sean inmunes o deban quedar al margen de cualesquiera circunstancias concurrentes. No conviene olvidar, y es relevante para una interpretación contextual, que el desfase o desajuste se produce a menudo en el cálculo de las prestaciones por contingencias profesionales, y no deja de resultar paradójico que reglas que se diseñaron con un propósito claramente protector y con la finalidad evidente de que las prestaciones resultantes fueran más generosas con el beneficiario puedan, en cambio, derivar en un perjuicio notable, de modo que la misma persona, exactamente en las mismas condiciones, disfrutaría de una prestación muy superior si la contingencia se calificase como común, en lugar de profesional, lo que desde luego es una anomalía no buscada y no querida, e incluso contraria a los pilares sobre los que se ha construido la modalidad contributiva de la Seguridad Social, por más que esos pilares pudieran cuestionarse en la actualidad.

¹³ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ¿Un principio en decadencia?*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2024, pp. 212 y ss.

En una dimensión más general, el legislador de Seguridad Social siempre ha entendido que en el caso de un accidente debe tomarse como punto de referencia el momento concreto del siniestro, mientras que en relación con las enfermedades es razonable ampliar el período temporal de referencia. Así sucede, aunque sea pretendidamente con carácter transitorio (DT 26ª LGSS), con la determinación de la profesión habitual para la IP parcial o total, por cuanto en caso de accidente se considera como tal la «desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo», mientras que en caso de enfermedad se prefiere «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez» (art. 11 de la Orden de 15-4-1969). Sin embargo, la jurisprudencia ha dulcificado la aparente rigidez de esa regla, y no sólo para precisar que «profesión habitual» no equivale a grupo profesional, porque el grupo «puede incluir diversas profesiones»¹⁴, sino también para dejar claro que la «profesión habitual» a efectos de una IP es la «desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana»¹⁵.

Dicho de otro modo, una circunstancia puntual o coyuntural en el contexto laboral no ha de repercutir en el ámbito de la Seguridad Social de tal forma que los requisitos de acceso y el cálculo de la cuantía de las prestaciones queden completamente desligados de la trayectoria profesional del trabajador, porque de lo contrario la protección de Seguridad Social no cumpliría su cometido –renta de sustitución– y no compensaría el daño efectivamente sufrido.

Sin embargo, y aunque desde luego es posible elaborar argumentos basados en una interpretación contextual y analógica de la legislación ordinaria, el resultado final es, en cierto modo, forzado. Es evidente que la minoración de las pensiones de IP y por muerte y supervivencia derivadas de contingencia profesional es producto de una deficiencia de técnica legislativa, pues el legislador no tuvo en cuenta que la base reguladora de esas prestaciones no se calculaba a partir de bases de cotización y no introdujo un elemento corrector similar. Pero la *voluntas legis* ha de prevalecer, en principio, sobre la *voluntas legislatoris*, y los olvidos o faltas de diligencia del legislador no siempre pueden corregirse por vía exegética. En cambio, la situación es cualitativamente distinta cuando se ven afectados los derechos fundamentales, que cuentan con una fuerza transformadora de mucha más intensidad, pues por elementales razones de jerarquía desplazan a la ley y permiten cubrir ciertas lagunas o corregir resultados que causan un daño ilícito.

No en vano, en su momento el art. 4 de la LO 3/2007 dispuso que la «igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Y el art. 4.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha extendido esa condición de «principio

¹⁴ Cfr. STS de 28-2-2005 (recurso 1591/2004).

¹⁵ Cfr. STS de 26-9-2007 (recurso 4277/2005).

informador» de aplicación «transversal» al «derecho a la igualdad de trato y la no discriminación», sin circunscribirlo a una causa concreta. Obviamente, la acomodación a los principios y valores constitucionales de las normas previas no sólo es una posibilidad, sino una exigencia para su correcta aplicación, pero con estas advertencias el legislador se ha encargado de recordar que las interpretaciones literales no son aceptables cuando desembocan en una discriminación, siempre prohibida. Y conviene llamar la atención en que esta labor no sólo corresponde a los tribunales, pues las entidades gestoras y colaboradoras del Sistema de Seguridad Social, y la TGSS como servicio común, tienen competencias de «interpretación y aplicación de las normas jurídicas», y, por consiguiente, deberían también favorecer interpretaciones y pautas respetuosas con esos principios. En suma, el ordenamiento interno proporciona herramientas suficientes para corregir la disfunción, sea en vía administrativa, sea en vía judicial, toda vez que, como se desarrollará a continuación, esta diferencia de trato conduce a una discriminación.

9. La discriminación por indiferenciación y/o indirecta como puntos de apoyo de una interpretación evolutiva y acorde a la realidad material

Aunque eventualmente posible, la elaboración de argumentos basados en la legislación ordinaria para corregir los perjuicios sufridos en el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social por quienes acceden a ellas en un momento de reducción coyuntural del salario presenta dificultades, y requiere alguna dosis de voluntarismo si no se introducen en el análisis valores y/o principios constitucionales. Es una dificultad fácilmente salvable, pues resulta evidente que en esas situaciones se ve afectado algún derecho fundamental, y en particular el art. 14 CE.

Lógicamente, la eventual declaración de nulidad de una norma por vulneración de ese precepto requiere una causa de discriminación, que no parece especialmente difícil de encontrar cuando el resultado deriva del ejercicio de derechos de conciliación, que disfrutan de una protección reforzada gracias a su conexión con los derechos fundamentales. Cabría argüir que la STJUE KT supone un obstáculo, cuando menos en relación con la igualdad y no discriminación por razón de sexo mientras no se proporcionen estadísticas fiables y precisas. Pero esa es una objeción menor, o fácilmente eludible a partir de una interpretación contextual y que tenga en cuenta los antecedentes históricos y legislativos. No en vano, la regla correctora que, para el cálculo de prestaciones, permite computar como bases de cotización completas las realmente minoradas en situaciones de reducción de jornada por motivos de conciliación proviene de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y sin lugar a dudas pretendía combatir la brecha prestacional.

El legislador consideraba, de forma equivocada, que esa elevación ficticia de las bases de cotización evitaba que el disfrute de derechos de conciliación causase un perjuicio en materia de prestaciones. En la medida en que es el propio legislador el que reconoce que en estos supuestos hay una afectación directa al principio de igualdad por

razón de sexo, y que esta es una medida que pretende atajar la brecha prestacional, no debería ser necesario –por reiterativo– presentar estadísticas que acrediten un impacto negativo para las mujeres. El reconocimiento legal del problema debería suponer, en el plano procesal, que la existencia de ese perjuicio es un “hecho notorio”.

En este sentido, si las prestaciones familiares en su modalidad contributiva del art. 237 LGSS conectan con los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y son medidas dirigidas a evitar la brecha prestacional, es evidente que la ausencia de un elemento corrector similar en las prestaciones que se calculen sobre el salario, y no sobre la base de cotización, implica una discriminación por razón de sexo, que es posible corregir a partir de una interpretación contextual y sistemática simplemente computando como salario a efectos de la base reguladora el que correspondería si la persona trabajadora que ha reducido jornada siguiera prestando servicios a tiempo completo.

Sin embargo, esa operación jurídica no puede extrapolarse a los supuestos de reducción de jornada mediante ERTE, donde se reproduce la misma disfunción en relación con las pensiones de IP y muerte y supervivencia por contingencia profesional; y ello pese a que las bases de cotización durante ese período de zozobra no se corresponden con la retribución –más baja– efectivamente percibida, sino con la media de las bases de los últimos seis meses (art. 153 bis LGSS). En otras coyunturas más particulares, como sucedería con una reducción de jornada por mutuo acuerdo o con el nombramiento como jurado popular u otras prestaciones personales obligatorias que, por llevar aparejada una compensación económica, impliquen una reducción del salario y, con ello, de la base de cotización, todas las prestaciones de Seguridad Social –inclusive las de contingencias comunes– se verán afectadas, y en ninguno de estos casos el sexo parece un elemento determinante en el origen del perjuicio.

En una primera aproximación, cabría pensar que ni el catálogo de causas del art. 14 CE, ni el más amplio de la Ley 15/2022 («nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), permiten encajar el daño que se produce en esas situaciones.

No obstante, ninguno de esos listados de causas de discriminación puede considerarse como *numerus clausus*. Al margen de otras referencias legales de menor interés para el objeto de este estudio (por ejemplo, la que prohíbe la discriminación por razón de «sobrepeso u obesidad»¹⁶), conviene destacar que las diferencias de trato no justificadas entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial constituyen también una discriminación prohibida. Es cierto que conforme a nuestras normas internas un trabajador a tiempo completo que coyunturalmente reduce jornada no es técnicamente un trabajador a tiempo parcial, pero a efectos concretos de la prohibición de discriminación no puede obviarse la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al

¹⁶ Vid. 37.1 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. En su Cláusula 3, ese Acuerdo marco considera como trabajador a tiempo parcial al «trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

Desde la perspectiva del Derecho de la UE, es trabajador a tiempo parcial quien en un período determinado presta servicios con jornada inferior a la ordinaria, y no es relevante la modalidad específica de contrato por la que esté vinculado. Esa es la razón por la que la STJUE KT no alberga dudas sobre la aplicación del Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial a las situaciones de reducción de jornada por ejercicio de los derechos de conciliación, aun cuando finalmente considere que no se ha producido discriminación. En suma, para el Derecho de la UE el desempeño de un trabajo con jornada inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable es equiparable a un contrato a tiempo parcial, y se configura como una causa autónoma de discriminación que prohíbe las diferencias de trato injustificadas, sin requerir necesariamente del refuerzo de otra causa de discriminación, como por ejemplo el sexo.

Con todo, esta consideración como trabajadores a tiempo parcial de los trabajadores en situación coyuntural de jornada reducida no conduce automáticamente a la calificación como discriminatorias de las reglas de cálculo de las prestaciones de Seguridad Social por contingencias profesionales, toda vez que el legislador no ha introducido ninguna regla peyorativa específica. Es más, los trabajadores con jornada reducida durante un cierto lapso de tiempo disfrutaban de ventajas que, al menos en algún aspecto, suponen una equiparación con los trabajadores a tiempo completo, porque sus prestaciones no se calculan a partir de una correspondencia estricta con las cotizaciones ingresadas.

De este modo, los trabajadores en reducción coyuntural de jornada se encuentran en una situación muy particular, pues en algunas prestaciones reciben un trato similar a los trabajadores a tiempo completo, mientras que en otras se atiende a su salario real, como si fueran trabajadores con contrato a tiempo parcial. Es una situación híbrida que no sólo plantea problemas en la identificación de la causa de discriminación, sino también en relación con la forma de discriminación.

Al igual que sucede con las causas, las formas de discriminación que contempla la Ley 15/2022 (directa, indirecta, por asociación, por error o múltiple e intersectorial) no pueden considerarse como un *numerus clausus*. Por un lado, los derechos fundamentales han de ser objeto de una interpretación evolutiva, y tanto las causas como las formas de discriminación se han ido sofisticando. Por otro, algunas omisiones o deficiencias de esa ley, como por ejemplo la falta de una debida separación conceptual entre el principio de igualdad y el de no discriminación, derivan de su conexión, casi dependencia, con el Derecho de la UE¹⁷.

¹⁷ Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 15 y ss.

A los efectos que aquí interesan, dentro de ese listado de formas de discriminación no se recoge la denominada «discriminación por indiferenciación», o por «igualación»¹⁸, pese a que ya hace años la doctrina científica advertía que «la igualdad obliga a tratar de modo igual lo que es igual, pero permite (y en ciertos casos, incluso obliga) a tratar de modo diferente lo que es diferente»¹⁹. Es una omisión no particularmente sorprendente, porque el TC ha venido advirtiendo que esa forma de discriminación no encaja propiamente en el art. 14 CE, precepto que no «ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, es decir, el hipotético derecho subjetivo al trato normativo desigual»²⁰. Por consiguiente, no cabe apoyarse en el art. 14 CE para exigir diferencias de trato, y el legislador podría tratar igual supuestos desiguales sin vulnerar el principio de igualdad ni incurrir en discriminación²¹.

Es una toma de posición que se ha venido repitiendo desde la década de los 80 del siglo pasado, y que se mantiene esencialmente sin fisuras hasta la actualidad, pues el propio TC se encargó de advertir en la sentencia relativa a la ampliación de los descansos por maternidad en familias monoparentales que no estaba propiciando un cambio de criterio en relación con la discriminación por indiferenciación, pues «no nos encontramos aquí ante supuestos desiguales, sino ante una misma necesidad de atención y cuidado de los menores nacidos en familias monoparentales respecto de los nacidos en familias biparentales; igual necesidad a la que responde de forma diferenciada la norma cuya constitucionalidad ahora se cuestiona»²².

Como es natural, esta jurisprudencia constitucional ha sido objeto de análisis y crítica por la doctrina científica —especialmente en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Público—, que, sobre todo a partir de consideraciones de justicia material, ha defendido una dulcificación para combatir los efectos o consecuencias más gruesas que podrían derivar de la aplicación del mismo marco jurídico a situaciones no comparables²³. Pero hasta el momento el TC no ha sido particularmente receptivo a esos

¹⁸ Cfr. REY MARTÍNEZ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45, 2011, pág. 171.

¹⁹ Cfr. RUBALO LLORENTE, F., “La igualdad en la aplicación de la ley”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, Fascículo 1, pág. 147.

²⁰ Por todas, cfr. SSTC 117/2006, de 24 de abril, 69/2007, de 16 de abril, y 181/2000, de 29 de junio.

²¹ «Expuesta en tales términos, tal normativa impeditiva de lo que habría de llamar “discriminación por indiferenciación” no puede situarse en el ámbito del art. 14 de la Constitución. La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos” (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, fundamento jurídico 2.º) y por ello, lo que el art. 14 de la C. E. impide es la distinción infundada o discriminación. Según hemos dicho anteriormente, el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el art. 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares. Esta última vinculación positiva, sin embargo, es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la Ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa. En la misma medida, la queja planteada en la demanda a partir del principio enunciado en el art. 14 de la Constitución carece de fundamento en un recurso de amparo».

²² Cfr. aSTC 140/2024, de 6 de noviembre.

²³ Por todos, vid. MATA SIERRA, M.T., “La discriminación por indiferenciación y su incidencia en el ámbito tributario”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 8, 2021, pp. 185 y ss.; REY MARTÍNEZ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45, 2011, pp. 171 y

argumentos, y, en tanto que no modifique su doctrina, parece que sólo la voluntad del legislador podría dar lugar a un cambio de escenario.

Sin embargo, un análisis más detenido pone de manifiesto que la doctrina del TC no se ajusta completamente a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 14 del CEDH. En efecto, hace más de 25 años la STEDH *Thlimmenos vs. Grecia*²⁴ ya advirtió que la prohibición de discriminación no se agota exclusivamente en el trato diferente a situaciones análogas sin la debida justificación, sino que cuenta con otra «faceta», toda vez que el derecho a no ser discriminado en el disfrute de derechos reconocidos por el CEDH también es vulnerado cuando los Estados, «sin una razón objetiva y razonable, no tratan de forma distinta a personas que se encuentran en situaciones considerablemente diferentes»²⁵.

Por supuesto, no son aproximaciones totalmente incompatibles, porque el TEDH no defiende el derecho subjetivo a un trato distinto en todo caso, sino una atención singular cuando concurren circunstancias particulares. Aun con las imprescindibles matizaciones, su doctrina no es compatible con el rigor de la jurisprudencia constitucional, que permite el trato igual a situaciones totalmente desiguales. En este sentido, el TC concede un amplio margen al legislador, que puede, a su voluntad, o bien agrupar bajo un mismo marco normativo situaciones desiguales, o bien dar un trato diferente. Sin embargo, el TEDH considera imprescindible fijar límites a esa libertad, pues el art. 14 del CEDH genera «obligaciones positivas» para los Estados Parte, que han de «realizar las necesarias distinciones entre personas o grupos cuyas circunstancias son relevante y considerablemente diferentes»²⁶.

De manera más contundente, el Tribunal de Estrasburgo afirma que «una política o una medida que tenga efectos perjudiciales desproporcionados en un grupo determinado puede ser considerada discriminatoria, aun cuando esa política o esa medida haya sido dirigida específicamente a ese grupo»²⁷. Por consiguiente, ya no es sólo que la prohibición de discriminación permita un tratamiento diferente para corregir desigualdades fácticas, y con ello se justifiquen medidas de acción positiva o beneficiosas para algún colectivo –aunque en ocasiones se advierta que esas diferencias han de estar limitadas temporalmente²⁸, máxime si se produce un cambio de contexto²⁹–, sino que «en ciertas

ss.; COBREROS MENDEZONA, E., “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, pp. 71 y ss.; GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 331 y ss.

²⁴ De 6-4-2000, recurso 34369/97.

²⁵ «The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification (see the *Inze* judgment cited above, p. 18, § 41). However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different»; cfr. apartado 44.

²⁶ Cfr. STEDH *Ádám y otros vs. Rumanía* (de 13-10-2020, recurso 81114/17 y otros), apartado 87.

²⁷ Cfr. STEDH *J.D. y A. vs. Reino Unido* (de 24-10-2019, recursos 32949/17 y 34614/17), apartado 85.

²⁸ Vid. SSTEDH *Stec y otros vs. Reino Unido* (de 12-4-2006, recursos 65731/01 y 65900/01) y *Sejdić y Finci vs. Bosnia Herzegovina* (de 22-12-2009, recursos 27996/06 y 34836/06).

²⁹ Vid. STEDH *British Gurkha Welfare Society y otros vs. Reino Unido* (de 15-9-2016, recurso 44818/11).

circunstancias no intentar corregir las desigualdades mediante un trato diferente» constituye de por sí una discriminación³⁰.

Bajo esas premisas, la discriminación por indiferenciación, desde la perspectiva del TEDH, se produce cuando la regulación uniforme provoca un impacto perjudicial importante para ciertas personas o grupos. En el caso de que se produzca ese perjuicio, la regulación uniforme será discriminatoria cuando no concorra una justificación objetiva y razonable, lo que supone que la norma ha de perseguir un propósito legítimo y que ha de respetarse una «razonable relación de proporcionalidad» entre los medios empleados y el fin perseguido³¹.

La doctrina del Tribunal de Estrasburgo es abundante, y rica en matices, pero no limita las excepciones a supuestos donde están en juego únicamente los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad³². En relación con los derechos sociales, y en particular con las prestaciones de Seguridad Social, el Tribunal recuerda que los Estados disponen de un amplio margen de actuación porque cuentan con más elementos de valoración sobre las necesidades a satisfacer y los medios disponibles. Sin embargo, advierte que las medidas han de ser proporcionales y no discriminatorias³³. De este modo, una regulación idéntica para parejas heterosexuales y homosexuales en materia de permisos de residencia por razones familiares podría incurrir en discriminación por indiferenciación si el trato jurídico dispensado a esas parejas en el ordenamiento nacional es muy distinto³⁴. En materia de extranjería, un régimen jurídico común para todos los no nacionales podría incurrir en discriminación, por ejemplo, tras la escisión o independencia de un país si no se estableciera un régimen específico para aquellos que eran nacionales del anti-

³⁰ Cfr. STEDH *Runkee and White vs. Reino Unido* (de 10-5-2007, recurso 42949/98) y *J.D. y A. vs. Reino Unido* (de 24-10-2019, recursos 32949/17 y 34614/17), apartado 86.

³¹ Vid. MÖSCHEL, M., “European Convention of Human Rights/Council of Europe”, en MERCAT-BRUNS, M., OPPENHEIMER, D., SARTORIUS, C. (Eds.), *Comparative perspectives on the enforcement and effectiveness of antidiscrimination law*, *Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law*, vol. 28, Springer, 2018, pp. 531 y ss.

³² «The Court reiterates that a general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory even where it is not specifically aimed at that group and there is no discriminatory intent (see, among other authorities, *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, §§ 175 and 184-85, ECHR 2007-IV). This is only the case, however, if such policy or measure has no “objective and reasonable” justification, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality” between the means employed and the aim sought to be realised (*ibid.*, § 196). In the present case, while it may be considered that the ban imposed by the Law of 11 October 2010 has specific negative effects on the situation of Muslim women who, for religious reasons, wish to wear the full-face veil in public, this measure has an objective and reasonable justification for the reasons indicated previously (see paragraphs 144-59 above)»; cfr. STEDH *S.A.S vs. Francia* (de 1-7-2014, recurso 43835/11).

³³ «A wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy for example (see *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 109, ECHR 2014). Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature’s policy choice unless it is “manifestly without reasonable foundation” (see *Carson and Others*, cited above, § 61). Any measures taken on such grounds, including the reduction of the amount of pension normally payable to the qualifying population, must nevertheless be implemented in a non-discriminatory manner and comply with the requirements of proportionality (see *Lakićević and Others*, cited above, § 59, and *Stec and Others*, cited above, § 55). In any case, irrespective of the scope of the State’s margin of appreciation, the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court (see, *inter alia*, *Konstantin Markin*, cited above, § 126)»; cfr. STEDH *Fábián vs. Hungría* (de 5-9-2017, recurso 78117/13), apartado 115.

³⁴ Vid. STEDH *Taddeucci y Maccall vs. Italia* (de 30-6-2016, recurso 51362/09).

guo Estado, pero no lo son del nuevo³⁵. Por el contrario, las diferencias entre confesiones religiosas no requieren necesariamente un trato adaptado a las particularidades de cada una³⁶. Más específicamente en materia de pensiones, el TEDH consideró compatible con el Convenio el reparto proporcional de las pensiones por muerte y supervivencia entre los hijos biológicos y acogidos del causante, pues no entendió que los hijos biológicos estuvieran en una situación muy diferente en el caso enjuiciado³⁷.

Por supuesto, esta jurisprudencia sobre la discriminación por indiferenciación no ha de suponer que toda equiparación jurídica entre dos sujetos en posiciones distintas deba considerarse prohibida o, dicho de otra manera, no se puede exigir el derecho a un trato individualizado para atender a los rasgos o circunstancias particulares de cada grupo o colectivo. El elemento o factor determinante que exigiría esa atención singular es que ese trato idéntico genere un perjuicio injustificado, y de considerable entidad, precisamente por esa falta de atención a las diferencias. Y, obviamente, la discriminación únicamente se produce cuando el origen del daño conecta con una de las causas sospechosas o especialmente reprobables. Desde esta perspectiva, la discriminación por indiferenciación cuenta con notables paralelismos con la discriminación indirecta.

En lo que aquí interesa, el perjuicio que sufre el beneficiario en el cálculo de las pensiones de IP, o por muerte y supervivencia, derivadas de contingencia profesional cuando el hecho causante se produce mientras se encuentra temporalmente en una situación de reducción del salario se debe a la ausencia de una regulación diferente y adecuada. Y es un perjuicio para el que no se encuentra explicación objetiva y razonable, máxime allí donde el legislador ha introducido un beneficio para evitar una consecuencia no deseada que sólo alcanza a las contingencias comunes. El legislador no ha tomado conscientemente la decisión de excluir del remedio a las prestaciones por contingencias profesionales, y el resultado es, a todas luces, no deseado, y producto de un error técnico, de la asunción incorrecta de que la mejora, real o ficticia, de las bases de cotización evita todo daño.

El cálculo de prestaciones vitalicias a partir del salario efectivamente percibido durante una situación coyuntural causa un perjuicio desproporcionado, que se habría solventado introduciendo una regla similar a la que ya opera respecto de las contingencias comunes o de la indemnización de despido. Dicho de otra forma, el legislador ha reconocido expresamente que esa situación requiere de medidas correctoras para evitar un daño desproporcionado, pero el remedio no cuenta con el alcance suficiente y ha dejado fuera, curiosamente, las prestaciones que siempre han disfrutado de una protección de más alto nivel.

Por consiguiente, esta equiparación entre el trabajador a tiempo completo en situación coyuntural de reducción de jornada y salario y el trabajador que ha celebrado un contrato a tiempo parcial genera un daño no justificado y no proporcional que conduce a la discriminación por indiferenciación, tomando como causa de discriminación el tra-

vVid. STEDH *Kurić y otros vs. Eslovena* (de 26-6-2012, recurso 26828/06).

³⁶ Vid. STEDH *Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días vs. Reino Unido* (de 4-3-2014, recurso 7552/09).

³⁷ Vid. STEDH *Ruszkowska vs. Polonia* (de 1-7-2014, recurso 6717/08).

bajo a tiempo parcial (con el refuerzo de la discriminación por razón de sexo en el caso del ejercicio de derechos de conciliación).

Asimismo, cabría pensar que la equiparación entre esas dos categorías de trabajadores a efectos del cálculo de pensiones de Seguridad Social podría incurrir en discriminación por error. Esa es una forma de discriminación que el art. 6.2.b) de la Ley 15/2022 define como aquella que «se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas». Es claro que la discriminación por error está pensando en otra clase de situaciones, en las que se asume indebidamente que el trabajador pertenece a un determinado grupo o colectivo tradicionalmente discriminado, y esa equiparación conduce a un trato peyorativo. Así sucedería, por ejemplo, ante la creencia incorrecta de que el trabajador es homosexual o profesa determinadas creencias religiosas o políticas, lo que puede abocar a una discriminación, aun cuando esa asunción no se corresponda con la realidad.

El trabajo a tiempo parcial no parece una causa de discriminación que naturalmente haga entrar en juego la discriminación por error, porque, en principio, no parece una característica susceptible de confusión. Sin embargo, las causas y formas de discriminación no pueden apreciarse y valorarse estáticamente, sino que se encuentran en constante evolución, y, de hecho, ya se ha advertido que la discriminación por error puede ser una consecuencia habitual derivada del uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial³⁸.

No obstante, la discriminación por error presenta algunas dificultades conceptuales en la extrapolación a esta concreta problemática, porque esa forma de discriminación presupone que la situación de base es discriminatoria, de modo que la asignación incorrecta de una persona a un grupo o colectivo genera un trato peyorativo equiparable o similar al de quienes sí cuentan con ese rasgo o característica. En cambio, en el caso de la reducción coyuntural de jornada la situación de base –la del grupo al que se equipara– no es discriminatoria, porque la regla de cálculo que atiende al salario percibido es razonable y proporcional para el trabajador con contrato a tiempo parcial. Lo que causa la discriminación no es la errónea inclusión de una persona en un colectivo discriminado, sino la equiparación de una persona con otro colectivo sin atender a sus peculiaridades concretas, dando lugar al perjuicio.

En este sentido, aun cuando se equiparase totalmente al trabajador en reducción de jornada con un trabajador contratado a tiempo parcial, no es ese el “error” significativo para esta forma de discriminación, porque la diferencia de trato no deriva de que la regla legal sea más perjudicial –discriminatoria– para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, sino de que la regla legal –que puede ser adecuada para los trabajadores a tiempo parcial– genera un perjuicio considerable para el trabajador a tiempo completo con jornada reducida. Dicho de otra manera, en la discriminación por error la situación de base es discriminatoria, de modo que la discriminación existe en todo caso y sólo está en juego el espectro de damnificados, que pueden ser

³⁸ Vid. COTINO HUESO, L., “Discriminación, sesgos e igualdad de la inteligencia artificial en el sector público”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 285 y ss.

únicamente quienes cuenten efectivamente con el rasgo o característica correspondiente, o también aquéllos a quienes incorrectamente se les ha atribuido. Sin embargo, en la situación aquí planteada la regla legal de cálculo de la base reguladora no es de por sí discriminatoria para los trabajadores a tiempo parcial, sino que lo sería exclusivamente para quienes sufren un daño por haber sido objeto de una equiparación sin matices.

Ahora bien, el hecho de que la discriminación por error no encaje conceptualmente en este escenario no implica que el error sea inocuo desde la perspectiva de la prohibición de discriminación. Durante una reducción coyuntural de la jornada y el salario los trabajadores se encuentran en una situación híbrida, porque no han celebrado un contrato a tiempo parcial, pero propiamente tampoco están prestando servicios a tiempo completo, al menos desde la perspectiva del tiempo de trabajo desempeñado y del salario percibido. En ausencia de una regulación específica, su equiparación o asimilación con los trabajadores a tiempo parcial en el ámbito de la Seguridad Social no es apropiada, porque calcular sus prestaciones exclusivamente en atención a la retribución efectivamente percibida supone aplicar reglas de proporcionalidad pensadas para trabajadores a tiempo parcial ordinarios.

Esa operación implica perpetuar un perjuicio por olvidar, precisamente, que esas personas han sido y seguirán siendo trabajadores a tiempo completo, y que la reducción de su salario es meramente una situación temporal. En la medida que la prestación de Seguridad Social compensa el lucro cesante, la pérdida hacia el futuro no se corresponde con el salario reducido que se percibía en el momento del hecho causante. Ésa es, no obstante, la respuesta legal tradicional, lo que supone una aplicación totalmente desviada del principio de proporcionalidad, generando consecuencias de todo punto arbitrarias (entendida arbitrariedad como sinónimo de “injustificado”, “inmotivado” o “injusto”, tal como precisa el diccionario de la RAE).

Comoquiera que el art. 9.3 CE garantiza la «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», y que la arbitrariedad, en sentido jurídico, supone que o bien la norma introduce una «discriminación normativa» o bien «carece en absoluto de explicación racional»³⁹, la ausencia de un factor corrector en el cálculo de las prestaciones constituye una discriminación prohibida. Se trataría o bien de una discriminación por indiferenciación, o bien de una discriminación indirecta, toda vez que un criterio aparentemente neutro perjudica especialmente a un colectivo perfectamente identificable y que, al menos por la vía del Derecho de la UE –el Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial–, no puede sufrir un daño en relación con los trabajadores a tiempo completo, grupo al que verdaderamente han de adscribirse y al que –erróneamente– no son equiparados en el cálculo de algunas (o todas) de las bases reguladoras de prestaciones de Seguridad Social.

De este modo, y en tanto la ley no se modifique, los tribunales habrían de proceder a una igualación al alza, y reconocer que en todas estas situaciones de reducción coyuntural de jornada los beneficiarios tienen derecho a que las prestaciones se calculen como si el trabajador estuviera percibiendo el total de sus retribuciones. Desde luego,

³⁹ Cafr. SSTC 104/2000, 148/2012, 155/2014 y 15/2015.

cabría defender opciones más matizadas, como por ejemplo que ese incremento únicamente debería afectar a la pensión correspondiente desde el momento en el que hipotéticamente habría cesado la causa que justificaba una remuneración minorada, pero esa modulación únicamente resultaría admisible allí donde no se hubiera previsto un remedio para las prestaciones derivadas de contingencias comunes.

En efecto, si el legislador contempla un aumento -real o ficticio- de las bases de cotización y no establece ninguna precisión sobre el importe de la prestación correspondiente hacia el futuro (*v.gr.*, piénsese en una reducción de jornada por guarda legal en la que el hecho causante de la prestación correspondiente se produce cuando aún resten años para que el hijo/a alcance la edad de finalización), no se encuentra razón para efectuar correcciones o ajustes a la baja en las prestaciones que se calculen directamente sobre el salario. En cambio, cuando no se ha previsto un remedio similar cabría, en hipótesis, aplicar un principio de proporcionalidad que vinculase la percepción de la cuantía íntegra de la prestación correspondiente al momento en el que el trabajador hubiera podido disfrutar del salario completo, de modo que hasta ese acontecimiento el beneficiario percibiera una prestación en proporción al salario reducido que habría correspondido. Aunque eventualmente posible, esa opción presenta ciertas complicaciones prácticas, porque si estuviera en juego el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo podría agudizar la brecha prestacional. Y, en otras situaciones, como la ya aludida de designación como jurado popular, la reducción del salario se vincula a la percepción de compensaciones o indemnizaciones por el deber público prestado, de modo que sólo si esas compensaciones se hubieran percibido efectivamente cabría justificar una reducción -temporal- de la prestación correspondiente, en aplicación -*sui generis*- de una regla de incompatibilidad basada en el principio general de enriquecimiento injusto, elaborada íntegramente en sede jurisdiccional, una auténtica creación judicial del Derecho que plantearía dificultades de acomodación al principio de seguridad jurídica.

10. Conclusiones

El cuestionamiento de estructuras, instituciones o formulaciones clásicas es una tendencia cada vez más acusada en los últimos tiempos. Comoquiera que el legislador no siempre acepta determinados postulados o reivindicaciones, o no lo hace con la rapidez que se estima adecuada, los impulsores del cambio a menudo hacen descansar sobre los jueces la tarea, no ya de depurar el ordenamiento, sino más bien de proceder a una modernización a partir de valores diferentes a los imperantes o a nuevas formas de apreciar, valorar o concebir la realidad.

En ese escenario, la perspectiva de género ha ganado singular protagonismo en las últimas dos décadas, y ha contribuido decisivamente a erradicar desigualdades muy consolidadas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social. Ese análisis en clave de género se ha apoyado a menudo en datos estadísticos que muestran cómo las mujeres son un colectivo mayoritario en sectores o ámbitos que, por sus características, arrastran des-

igualdades sistémicas, que se perpetúan hasta que no se actúa de manera decidida para atajar el problema.

Sin embargo, y pese a que el TC y el TS hayan podido caminar en esa dirección y se encuentren significativos ejemplos de ello, los tribunales no siempre han aceptado determinados argumentos, o no todos los casos alcanzan esas altas instancias, o en ocasiones ni siquiera se tiene paciencia para esperar a que el supuesto de hecho llegue a esos tribunales, por lo que desde ámbitos inferiores se ha buscado una fórmula más directa y aparentemente más veloz, como es el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Esa es una vía que, aunque no siempre exitosa, ha obligado a modificaciones profundas en los requisitos de acceso y fórmulas de cálculo de algunas prestaciones de Seguridad Social.

Es entendible, así pues, que esta forma de proceder genere inercias, y también incluso incompreensión cuando el resultado no es el deseado, como ha sucedido en relación con el cálculo de las pensiones de IP por contingencia profesional. Sin embargo, conviene plantearse por qué el TJUE se ha convertido en una especie de referente moral o de autoridad incuestionable –lo que explica la desazón con la que se ha acogido su sentencia KT–, y por qué la prueba estadística parece la única opción para demostrar la existencia de una discriminación. Sin negar su operatividad y sus positivos resultados, conviene tener presente que la prueba estadística está generando efectos colaterales no satisfactorios. De alguna manera, la insistencia en esa vía está perjudicando la construcción de argumentos jurídicos más sólidos, y, en ausencia de estadísticas precisas sobre una realidad, la pretensión de conseguir la calificación de un acto, norma o conducta como discriminatoria parece abocada al fracaso.

Desde una perspectiva jurídica ésa es una deriva peligrosa, toda vez que el trabajo a tiempo parcial, en concreto, es causa autónoma de discriminación con independencia de un eventual sesgo de género. La deficiente configuración de la proporcionalidad o los perjuicios por la mera condición de trabajador a tiempo parcial no son tolerables, porque así deriva tanto de nuestra normativa interna como del Derecho de la UE. No es estrictamente necesario presentar una prueba estadística sobre el impacto de género si se construye una argumentación jurídica que demuestre la diferencia de trato peyorativa para el trabajador a tiempo parcial.

En este sentido, el ordenamiento jurídico español contiene herramientas suficientes para defender que el cálculo de las prestaciones por contingencia profesional que toman como referencia el salario para la determinación de la base reguladora no puede efectuarse prescindiendo del contexto y de las circunstancias. Y, en concreto, que no es admisible que una mera situación coyuntural de reducción del salario perjudique hacia el futuro la prestación de Seguridad Social de un trabajador a tiempo completo.

Obviamente, la discriminación por razón de sexo podría jugar un papel relevante en relación con el disfrute de derechos de conciliación, pero ni ése es el único supuesto, ni tampoco es conveniente focalizar todo el esfuerzo argumentativo en esa causa de discriminación, toda vez que tampoco es justificable que el perjuicio lo sufra un hombre. El problema de fondo no es la mayor o menor afectación a las mujeres, que puede no concu-

rrir o ser imposible de demostrar estadísticamente, como sucedería en los ERTes, sino la inapropiada equiparación entre situaciones no comparables (trabajador a tiempo completo en reducción de jornada con un trabajador con contrato a tiempo parcial), el indebido encuadramiento de un trabajador en una categoría o clase que no le corresponde o, en último término, la inadecuada aplicación del criterio de proporcionalidad, al convertir en permanente una circunstancia meramente temporal y con fecha de finalización preestablecida.

No es baladí, asimismo, que el perjuicio que sufren en sus derechos de Seguridad Social los trabajadores en situación coyuntural de reducción de salario sea producto de una decisión no buscada y no consciente del legislador, sino, en los casos más significados, de un defecto de diseño en el mecanismo corrector que se introdujo para evitar el daño, cual es la consideración como cotizados a tiempo completo de esos períodos. Ante el expreso reconocimiento legal de que esa situación fáctica en el ámbito laboral genera discriminación en las prestaciones de Seguridad Social, y que esa discriminación debe ser corregida, no habría de ser necesario ningún esfuerzo probatorio particular, de modo que la falta de pericia del legislador en el diseño del remedio no ha de suponer el mantenimiento injustificado de un daño ya reconocido.

En suma, existen suficientes argumentos, y difícilmente contestables, para que los tribunales procedan a una igualación al alza, de modo que las pensiones por IP y muerte y supervivencia derivadas de contingencias profesionales se calculen atendiendo al salario como trabajador a tiempo completo, y no a partir del salario coyunturalmente reducido. Cuestión distinta es que el legislador modifique la regulación vigente e introduzca otra fórmula de cálculo, pero en defecto de tal intervención legal la igualación al alza es la única opción jurídicamente admisible para corregir la discriminación.