



Igualdad de trato y compatibilidad de pensiones de incapacidad conforme a la doctrina del TJUE

EQUAL TREATMENT AND COMPATIBILITY OF INVALIDITY PENSIONS UNDER THE CJEU DOCTRINE

Virgilio Téllez Valle

Ltrado de la Administración de la Seguridad Social.

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Extremadura

virgilio.tellez@seg-social.es  0000-0002-3984-9082

Recibido: 05.10.2022 | Aceptado: 12.12.2022

RESUMEN

La finalidad del presente trabajo es analizar la reciente sentencia del TJUE de 30/6/22 (asunto C-625/20) en la que se analiza, una vez más, el acomodo del sistema de pensiones español a la regulación europea en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. En este caso, desde el particular ámbito de la normativa nacional que impide a los trabajadores percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the recent ruling of the CJEU of 30/6/22 (case C-625/20) in which it analyses, once again, the compliance of the Spanish pension system with European regulations on equal treatment between men and women. In this case, from the particular scope of the national legislation which prevents workers from simultaneously receiving two total permanent invalidity pensions when they correspond to the same social security system, while allowing such accumulation when these pensions correspond to different systems.

PALABRAS CLAVE

Discriminación
Género
Incompatibilidad
Pensiones de incapacidad

KEYWORDS

Discrimination
Gender
Incompatibility
Invalidity pensions

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO
 - III. MARCO NORMATIVO NACIONAL APLICABLE A LA INCOMPATIBILIDAD PLANTEADA
 - IV. LA DECISIÓN DEL TJUE
 - V. VALORACIÓN CRÍTICA
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Resulta indudable que el principio de igualdad entre hombres y mujeres, en cuanto supone la ausencia de toda discriminación, es transversal y debe aplicarse a todos los ámbitos de la sociedad, con especial determinación en los públicos, tal y como establece el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH). Por tanto, la propia configuración de nuestro sistema de Seguridad Social debe verse necesariamente influenciada por el mismo, de modo que las reformas que se vayan introduciendo se vean impregnadas por tal premisa para posibilitar su efectiva implantación. Y ello sin olvidar que el acervo comunitario incluye expresamente ese principio de igualdad en la materia que nos ocupa, concretándose en el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19/12/78, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social¹.

A pesar del incuestionable avance que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en materia de igualdad de género, las bases de nuestro sistema de Seguridad Social no han sufrido un cambio significativo, pues sigue sustentado en un modelo tradicional y masculinizado de relaciones laborales, con un prototipo de relación laboral de carácter indefinido y a jornada completa que mantiene la brecha de género en el importe de las pensiones².

Mientras culmina ese necesario camino de equiparación, el encaje del principio de no discriminación por razón de sexo en la proyecta normativa de seguridad social española está provocando pronunciamientos del TJUE, con recurrente frecuencia en los últimos tiempos, que dan respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas con especial protagonismo por los tribunales sociales españoles³, que vienen advirtiendo de la infracción de tal principio en una amplia variedad de aspectos relevantes de la

1. El principio de igualdad de trato, en sus distintas variantes (nacionalidad, sexo, residencia...) resulta además fundamental para garantizar el objetivo de libre circulación de trabajadores consagrado en la normativa comunitaria. Vid. Trillo García, A. R.: "La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, p. 251.

2. Villar Cañada, I. M.: "¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 289 y 290.

3. Ordóñez Solís, D.: "La igualdad de género, los jueces españoles y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 4/2019, p. 5 del documento electrónico (BIB 2019\1974).

estructura prestacional⁴. Analizamos el último de ellos que, si bien no tiene ni por asomo la afectación general del conocidísimo asunto del complemento de maternidad del artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS)⁵, sirve como un ejemplo más de la anticipada tendencia de tamizar por el filtro de la igualdad de trato cualquier posible disfunción advertida en el sistema.

II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

Por resolución del INSS de 2/3/19 se reconoció a la interesada una incapacidad permanente total (IPT) derivada de enfermedad común para su profesión habitual de auxiliar administrativa, ejercida entre mayo de 1989 y abril de 1994 y conforme a las cotizaciones acreditadas en tal periodo en el Régimen General. Posteriormente, y desde febrero de 2015 la demandante causa alta en idéntico régimen como subalterna, dictando el INSS el 20/3/18 resolución por la que la declaraba en IPT para esa actividad, derivada de accidente no laboral, por lesiones diferentes a las que dieron lugar al primer reconocimiento y considerando las bases de cotización del periodo 2/15 a 1/17, si bien, la Entidad Gestora entendió, con apoyo en el artículo 163.1 LGSS, que las prestaciones reconocidas en 1999 y 2018 en el Régimen General eran incompatibles, por lo que resolvió que a la demandante le correspondía únicamente una de ellas.

Agotada la vía previa, se formula demanda ante la jurisdicción social esgrimiéndose que la resolución impugnada vulnera el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE y el artículo 5 de la Directiva 2006/54/CE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, por cuanto que la referida incompatibilidad entre pensiones de incapacidad de un mismo régimen genera una discriminación indirecta por razón de sexo, al ser muy inferior proporcionalmente el número de mujeres afiliadas al RETA que el de hombres, lo que beneficia a estos por resultar admisible la compatibilidad entre pensiones de distintos regímenes.

El Juzgado de lo Social competente (número 26 de Barcelona) decide suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial al TJUE acogiendo los argumentos de la demandante. Entiende que las dos prestaciones de IPT deben ser compatibles al haberse acreditado cotizaciones suficientes e independientes para su generación, más aun teniendo su base en distintas dolencias pues, lo contrario, supondría una

4. La mayoría de ellos, relacionados con la posición de las trabajadoras a tiempo parcial. Sin ánimo exhaustivo, STJUE de 22/9/12 (Asunto *Elbal Moreno* C-385/11); STJUE de 14/4/15 (Asunto *Calchadora Fernández* C-527/13); STJUE de 9/11/17 (Asunto *Espadas Recio* C-98/15) o STJUE de 8/5/19 (Asunto *Villar Láiz* C-161/18). Para un detallado análisis de las mismas, *vid.* Trillo García, A. R.: "La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones", *ob. cit.*, pp. 262-274; y para una visión de su repercusión en la normativa nacional, Fernández Collados, M. B.: "Avances y retos pendientes en el derecho a la pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019.

5. STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), que ha considerado tal complemento contrario al principio de no discriminación por razón de sexo por no permitir que se beneficien del mismo los varones.

discriminación indirecta por razón de sexo, habida cuenta que, si bien jurisprudencialmente se admite la compatibilidad si ambas IPT se han reconocido en diferentes regímenes (normalmente, Régimen General y RETA), tal compatibilidad, aparentemente neutra en cuanto al sexo, tiene una mayor incidencia sobre las trabajadoras, pues en el RETA estas representan únicamente el 36.15%, porcentaje que en modo alguno se corresponde con el volumen que supone la población femenina en el total nacional ni en el colectivo de personas activas.

III. MARCO NORMATIVO NACIONAL APLICABLE A LA INCOMPATIBILIDAD PLANTEADA

Constituye un principio tradicional de nuestro sistema de Seguridad Social el de “pensión única”⁶ o de incompatibilidad de pensiones dentro de un mismo régimen. Así se concreta para el Régimen General en el artículo 163.1 LGSS que otorga en tales supuestos el correspondiente derecho de opción.⁷ Como nos viene indicando la jurisprudencia tal “[...] regla general de incompatibilidad es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida”⁸, de modo que, en caso de concurrencia de pensiones lo “jurídicamente correcto” sería reconocer la nueva pensión, permitiendo así al interesado que ejercite el meritado derecho de opción reconocido.

La incompatibilidad declarada es, por tanto, una incompatibilidad exclusivamente interna, por cuanto que el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema, de ahí que el TS haya venido defendiendo ya desde antiguo que no resulta extensible la misma extra muros de tal régimen, lo que ha llevado a considerar la expresa compatibilidad de pensiones causadas en diferentes regímenes⁹, por cuanto que si de los términos de las normas aplicables no puede establecerse la incompatibilidad entre prestaciones, ésta tampoco puede construirse a partir de una interpretación extensiva que establezca la exclusión de la concurrencia¹⁰; compatibilidad que, en todo caso, exige el cumplimiento de todos los requisitos exigibles en cada uno de los regímenes, especialmente el de carencia previa, por cuanto que la naturaleza contributiva de nuestro sistema de Seguridad Social determina que unas mismas cotizaciones no den origen a varias prestaciones de percepción simultánea, de modo que, la utilización de unas

6. Principio que se refiere al disfrute de una sola pensión de idéntica naturaleza y función análoga para un determinado estado de necesidad. Olarte Encabo, S.: “Comentario al artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social”, Monereo Pérez, J. L. (dir.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, p. 1146.

7. Regla general de incompatibilidad, a no ser que se disponga lo contrario, que resulta aplicable igualmente a los regímenes especiales. Para el supuesto más común del RETA, artículo 34 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto; para el Régimen Especial del Mar, artículo 18.1 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre; y para el Régimen Especial del Carbón, artículo 11.1 del Decreto 298/1973, de 8 de febrero.

8. SSTs de 19 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 825) y de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2345) entre otras muchas.

9. STS de 23 de julio de 1992 (RJ 1992, 5653).

10. Por todas, STS de 24 de julio de 1992 (RJ 1992, 5658).

cotizaciones para el reconocimiento de una determinada prestación, anula la posibilidad de ulterior reconocimiento y, precisamente por ello, la compatibilidad es plena cuando no existe reutilización de cotizaciones¹¹. Sin embargo, aun cumpliéndose esa premisa, se consideran incompatibles si se causan en el mismo régimen sin ninguna argumentación que justifique la diferencia, más allá de la formalidad de pertenecer al mismo o diferente régimen de seguridad social¹², de modo que podríamos afirmar que si el contenido del artículo 163.1 LGSS, en lugar de estar encuadrado en el Título II del texto legal aplicable al Régimen General, lo estuviese en el Título I, que recoge las normas generales del sistema de Seguridad Social, la incompatibilidad entre pensiones de incapacidad sucesivas sería completa, aun cuando se acreditasen los requisitos legales de acceso en cada momento.

En cualquier caso, la solución legal vigente viene apuntalada por el TC, que ha aclarado que la compatibilidad o incompatibilidad de pensiones es una cuestión de mera legalidad ordinaria, en relación con la cual ni siquiera cabe invocar los artículos 41 y 50 de la Constitución para obtener una determinada interpretación.¹³

Quedando claro por tanto que la jurisprudencia confirma la incompatibilidad de pensiones de incapacidad dentro del mismo régimen, vamos a continuación a esbozar, ante la falta de normativa sobre la cuestión, los criterios aplicables al modo de cálculo de la pensión de incapacidad a reconocer de modo sucesivo, respecto de la que pudiera optarse por mor de la referida incompatibilidad; esto es; bien por causarse en el mismo régimen, bien por generarse en diferentes regímenes sin cumplimiento separado de los requisitos en cada uno de ellos. O, dicho de otro modo, vamos a explicar de qué modo influyen los periodos cotizados en régimen de pluriempleo¹⁴ o de pluriactividad¹⁵ a la hora de conformar la correspondiente base reguladora.

Comenzando por los supuestos de pluriempleo, en los que, por tratarse de altas en el mismo régimen de seguridad social, siempre existiría incompatibilidad, resulta necesario distinguir en función del grado de incapacidad. Así:

11. STS de 12 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5252) con cita de la STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 7989), compatibilidad que se predica incluso aun cuando estemos ante el mismo cuadro patológico por tenerse en cuenta para la agravación dolencias ya valoradas en la incapacidad previamente reconocida en el otro régimen [STS de 14 de julio de 2014 (RJ 2014, 4057)].

12. Así se deduce de las siguientes SSTs: de 18 de julio de 2003 (RJ 2003, 8798) en el supuesto de dos incapacidades derivadas de accidentes de trabajo en el Régimen Especial del Carbón y de 5 de agosto de 2008 (RJ 2008, 2778) y de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2345), en el caso de dos IPT sucesivas, una derivada de enfermedad común y otra de accidente no laboral.

13. STC 375/93, de 20 de diciembre. (RTC 1993, 375), con cita de las SSTC 103/1984 y 121/1984.

14. Criterio de aplicación del INSS 1999/31. Recuérdese que conforme dispone el artículo 7.4.2ª del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta en un mismo Régimen de la Seguridad Social.

15. Criterios de aplicación del INSS 2003-04/35 y 2005/12. Conforme dispone el artículo 7.4.1ª del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, se entenderá por pluriactividad la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social.

- Si se trata de una IPT y el trabajador se encuentra en situación de pluriempleo en la fecha del hecho causante y se conceda la incapacidad exclusivamente por una de las profesiones, para conformar la base reguladora durante el periodo en el que exista pluriempleo, se tomará como base de cotización la que se haya cotizado por la profesión por la que se le concede la pensión y, por el periodo en el que no exista tal pluriempleo, se tomarán las bases de cotización con independencia de la actividad que las haya generado, sea por la que se ha concedido la pensión o por otra actividad.
- Por el contrario, si se trata de una incapacidad permanente absoluta (IPA) o una gran invalidez (GI), la base reguladora se conformará con la suma de las bases de cotización en situación de pluriempleo, respetando en su caso, como no puede resultar de otro modo, el tope máximo de cotización.

En los supuestos de pluriactividad, debemos distinguir igualmente en función del grado de incapacidad reconocido. Así:

- Si se concede IPT para todas las actividades y se acreditan los requisitos en cada uno de los regímenes, se concederá una pensión por cada uno de ellos, conforme además ha venido confirmando la jurisprudencia referenciada *supra*. La base reguladora de cada pensión, como resulta lógico, se calculará computando exclusivamente las bases de cotización de cada régimen.
- Si se concede la IPT para todas las actividades, pero sólo se reúnen los requisitos en uno de los regímenes, se totalizarán todas las bases de cotización de los distintos regímenes.
- Si se concede la IPT sólo por una actividad con pluriactividad en el hecho causante, por ese periodo de pluriactividad se tomará como base de cotización la que se haya cotizado por la actividad por la que se conceda la IPT, mientras para el periodo que no exista pluriactividad, se tomarán las bases por las que se haya cotizado, con independencia de que la actividad que haya generado esa cotización haya motivado una IPT. Por último, de no constar pluriactividad en el momento del hecho causante pero sí con anterioridad, si en el periodo de cálculo de la base reguladora aparecen meses de pluriactividad, se sumarán todas las cotizaciones aun cuando la IPT se conceda por una sola actividad.
- Por el contrario, en los casos de IPA o GI, si se concede una única pensión la base reguladora se construirá con la suma de las bases de cotización de la situación de pluriactividad, respetando, en su caso, el tope máximo de cotización. Sin embargo, si se concede más de una pensión, cada régimen calculará la base reguladora, tomando sólo las cotizaciones de cada régimen.

De los criterios transcritos podemos deducir sin dificultad que el espíritu que preside los mismos es el de aprovechamiento o suma de cotizaciones cuando no pueden percibirse dos pensiones por mor de la incompatibilidad, tanto si nos encontramos en situación de pluriactividad como de pluriempleo y con independencia de los regímenes de encuadramiento.

IV. LA DECISIÓN DEL TJUE

Antes de entrar de lleno en el fondo del asunto, el TJUE, acogiendo la postura del INSS, el gobierno español y la Comisión Europea, declara inaplicable al supuesto enjuiciado la Directiva 2006/54/CE¹⁶ y sí, por el contrario, la Directiva 79/7/CEE, en particular su artículo 4.1, en virtud del cual el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial en lo relativo al cálculo de las prestaciones.

Siendo evidente que la normativa nacional no supone una discriminación directa por razón de sexo, por cuanto que se aplica indistintamente a trabajadores y trabajadoras, el debate se centra en determinar si puede considerarse una discriminación indirecta, entendida como aquella situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo en desventaja particular respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios¹⁷. Para ello, se afirma que la normativa nacional, que establece la frontera de la compatibilidad en el hecho de generarse las pensiones de incapacidad en regímenes diversos, es aparentemente neutra, si bien se admite que tal diferencia de trato favorece a quienes pueden acumular dos o más pensiones en diferentes regímenes, pudiendo al contrario provocar una desventaja en los que las obtienen en el mismo régimen.

Con apoyo en la definición anterior, el Tribunal analiza los datos aportados al respecto, por cuanto que se parte de la doctrina consolidada de que la desventaja particular que pone de manifiesto la discriminación indirecta puede acreditarse, entre otras formas, probando que la normativa en cuestión afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de otro¹⁸, para lo cual, el juez nacional debe confrontar las estadísticas que muestren que las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre trabajadoras y trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma. Y es en este extremo donde se plantea la verdadera solución al asunto planteado, pues existe discrepancia sobre la validez y efecto de los datos estadísticos incorporados a la causa. Así, el juez nacional se limita a aportar unos genéricos guarismos que muestran que las mujeres representan el 36% de los afiliados al RETA y el 48,09% en el Régimen General, lo cual, según su criterio, demostraría que el reconocimiento de la compatibilidad de prestaciones es mucho más factible en

16. Por cuanto que sólo sería aplicable a los regímenes profesionales de pensiones, que están incluidos en el concepto de "retribución" del artículo 157 TFUE y no a los regímenes legales que ofrecen protección contra los riesgos de vejez e invalidez, como el caso que nos ocupa, que estarían amparados por la Directiva 79/7/CEE.

17. En el modo en que es definida por la jurisprudencia comunitaria más reciente, contenida en la STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto *Villar Laiz* C-161/18), que se expresa en idénticos términos a los del artículo 2.1 de la Directiva 2006/54/CE y los del artículo 6.2 LOIEMH. Recuérdese que el concepto de discriminación indirecta no se concreta en la Directiva 79/7/CEE.

18. En tal sentido, SSTJUE de 14 de mayo de 2015 (Asunto *Cachaldora Fernández* C-527/13), apartado 28 y de 8 de mayo de 2019 (Asunto *Villar Laiz* C-161/18), apartados 37 y 38.

caso de los hombres que en el de las mujeres. Por el contrario, el INSS y el Gobierno español pusieron de manifiesto la falta de correlación directa entre la afiliación a un régimen concreto y la concesión del derecho a una pensión. Por su parte, la Abogacía General precisó aún más la cuestión, al entender que la comparación sólo debería efectuarse entre los trabajadores que cumplen los requisitos para la concesión de al menos dos pensiones de incapacidad permanente, pues sólo a ellos puede alcanzar la posible discriminación indirecta. Tal postura fue acogida por el Tribunal sentenciador para afirmar que, dentro del grupo así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se le permite acumular dichas pensiones respecto de los que sí pueden hacerlo, y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a las trabajadoras para, en último término, comparar entre sí esas proporciones y así poder apreciar la importancia de una eventual diferencia que pudiera advertirse. Para ello, requirió al INSS la aportación de concretos datos estadísticos que mostraban a fecha 10/11/21 que, en el caso de las mujeres, la ratio es de 1 a 1 entre las que tienen diversas incapacidades y han cotizado únicamente al Régimen General o a varios regímenes, mientras que, en el caso de los varones, tal ratio es de 1 a 2.

A pesar del proceloso detalle de esta última estadística, el TJUE no la considera suficiente, pues entiende que los datos aportados no indican el total de trabajadores perjudicados por la normativa nacional controvertida, ya que se centran en los afiliados al Régimen General frente a los que han cotizado a varios regímenes, sin efectuar el mismo cálculo respecto de los afiliados únicamente al RETA, régimen con un elevado número de afiliados, a los que se aplica la misma regla de incompatibilidad, lo que determina que la falta de tales datos pueda incidir en el cálculo final, pues “debe velarse porque los datos finalmente considerados al efecto sean suficientemente fiables y completos para establecer correctamente dichas proporciones”¹⁹. Por tanto, deja en manos del juez nacional llevar a cabo las comprobaciones oportunas para que finalmente, conforme a su competencia²⁰, decida si existe una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, a menos que la normativa nacional estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación de tal tipo.

En relación con esa justificación, el INSS y el Gobierno español alegaron que la incompatibilidad estaba justificada por el objetivo legítimo de política social de preservar la viabilidad del sistema de Seguridad Social; sin embargo, tal argumento no se considera admisible por el Tribunal porque las consecuencias presupuestarias de la

19. Apartado 53 de la sentencia.

20. Constituye doctrina consolidada la que considera que la apreciación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación indirecta corresponde al órgano jurisdiccional nacional, con arreglo al propio Derecho nacional (STJUE de 3 de agosto de 2019, Asunto *Schuch-Ghannadan* C-274/18), al igual que la capacidad de apreciar en qué medida los datos estadísticos que se le someten son fiables y sí se pueden tomar en consideración (STJUE de 21 de enero de 2021, Asunto C-483/19). Es por ello por lo que el Tribunal de Justicia sólo debe proporcionar respuestas eficaces al remitente de la cuestión prejudicial, siendo por ello competente para dar indicaciones basadas en los autos y en las observaciones de las partes, que permitan al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución (STJUE de 24 de septiembre de 2020, Asunto C-223/19).

acumulación no difieren según se reconozcan en el mismo o diferente régimen, más aún cuando, como en el caso de autos, el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos periodos cotizados. De ello deduce que la normativa nacional controvertida no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado²¹.

Habida cuenta las consideraciones anteriores, el TJUE concluye que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo²².

V. VALORACIÓN CRÍTICA

La sentencia que comentamos constituye un ejemplo más de la aplicación por el TJUE de su doctrina sobre la discriminación indirecta por razón de sexo en materia de seguridad social que, como hemos esbozado en los apartados anteriores, se sustenta en la importancia de la fiabilidad y representatividad de los datos estadísticos, que deben ser suficientemente representativos de la lid planteada. Del mismo modo, debe hacerse hincapié en que es el juez nacional quien tiene la competencia para valorar tales aspectos y deducir la eventual existencia de la discriminación y, en su caso, la constatación de una justificación objetiva y razonable que ampare la normativa nacional.

En relación con la pertinencia de los datos estadísticos la sentencia comentada muestra la gran diferencia que existe entre los propuestos por el juzgado proponente de la cuestión prejudicial, los considerados oportunos por el Abogado General y los finalmente considerados por el Tribunal sentenciador. Ello nos demuestra la capital

21. Apartados 64 y 65 de la sentencia/.

22. Al momento de terminar estas líneas todavía no había dictado sentencia el Juzgado de lo Social, a quien corresponde dar una respuesta acorde con el derecho de la Unión Europea conforme a los instrumentos mostrados por el TJUE. En el trámite de alegaciones facilitado, el INSS ha propuesto que el Juzgado le requiera la aportación de los siguientes datos en una serie histórica de 5 años:

-Número de trabajadores y trabajadoras del Régimen General y del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que en principio pudieran tener derecho a dos pensiones con abstracción de la eventual incompatibilidad.

-Del total de trabajadores y trabajadoras así determinados, debe concretarse por un lado la proporción de trabajadores a los que no se les permite acumular dichas pensiones de acuerdo con lo establecido en los artículos 163 LGSS y 34 del Decreto 2530/1970.

Del total de trabajadores y trabajadoras así determinados, debe concretarse por otro lado la proporción de trabajadoras a las que no se les permite acumular dichas pensiones de acuerdo con lo establecido en los preceptos anteriormente mencionados.

relevancia del factor estadístico a la hora de establecer la existencia de discriminación indirecta, del mismo modo que la determinación del concreto grupo de personas que puede resultar afectado, comparativamente, por una situación de desventaja particular, por cuanto que el resultado final puede variar enormemente en función del grupo de referencia que se utilice para llevar a cabo la oportuna comparación de las proporciones efectivas de personas afectadas por la diferencia de trato. Es por lo que no resulta admisible una comparación genérica como la propuesta por el juzgado remitente, sino que deviene necesaria una concreción exquisita del grupo de trabajadores afectados, para que el resultado de la posterior comparación sea finalmente demostrativo de la posible existencia de discriminación. Y esa necesidad de precisión ya ha sido puesta de manifiesto por el TJUE en anteriores ocasiones, siendo relevante destacar a tal efecto la sentencia de 14 de abril de 2015²³, en la que se negó la existencia de discriminación indirecta precisamente por la generalidad de los datos estadísticos aportados, que al referirse al colectivo de los trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad, no eran definitivos ni irrefutables para acreditar la desventaja del colectivo femenino que no trabaja a tiempo completo, pues la norma controvertida (integración de lagunas en el cálculo de la base reguladora) no sólo no se aplicaba a todos los trabajadores a tiempo parcial (sólo a los que tienen tal carácter en último extremo), sino que además, la medida tenía efectos aleatorios, puesto que en algunos supuestos podía beneficiar al propio colectivo.

Por tanto, resulta absolutamente necesaria una aportación fiable y precisa de datos estadísticos que evite interpretaciones apriorísticas, genéricas o sesgadas, que además va a exigir siempre una comparación precisa entre los grupos concretos de trabajadores afectados por la cuestión planteada, para, posteriormente, desgranar los mismos por sexos y así poder efectuar la comparación adecuada.

No debe del mismo modo olvidarse que aun pudiéndose constatar que la normativa nacional sitúa a las trabajadoras en una posición de desventaja particular, la misma no supondría una discriminación indirecta por razón de sexo si estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a la referida discriminación, la cual, sin embargo, nunca podría resultar amparada en consideraciones de índole presupuestaria. No obstante, sin gran diferencia de matices y habida cuenta el amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, se bendicen otros objetivos como los de sostenibilidad o viabilidad de los sistemas de seguridad social, lo que deja la puerta abierta a admitir esas discriminaciones para sacrificarlas en el altar de estos valores, que además son propios del acervo comunitario. Una muestra de ello la tenemos en la reciente sentencia de 21/1/21²⁴ en la que a pesar de constatarse la discriminación indirecta que sufrían las mujeres a la hora de acceder a la jubilación anticipada voluntaria del artículo 208 LGSS por el hecho de exigirse que la pensión resultante sea superior a

23. *Cachaldora Fernández*, C-527/13.

24. Asunto C-843/19. Por tanto, las eventuales discriminaciones indirectas se podrán considerar un daño colateral y una consecuencia justificada fundamentados en esos objetivos legítimos de política social. Bogoni, M.: "Jubilación anticipada voluntaria, discriminación indirecta y objetivos de política social: el impacto de la reciente jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 242, 2021, p. 4 del documento electrónico (BIB 2021\3845).

la mínima, se considera que tal solución resulta amparada por objetivos legítimos de política social como los de viabilidad y equilibrio sostenibles del sistema de Seguridad Social; objetivos que además se encuentran recogidos en los conocidos Libros Verde y Blanco de la Comisión Europea²⁵.

Como consecuencia de lo que venimos exponiendo, tanto la dificultad de precisar el punto de comparación adecuado con los datos estadísticos pertinentes como, posteriormente, la posibilidad de que la desventaja creada por la norma nacional esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación, ponen de manifiesto la dificultad de asegurar a priori una vulneración del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, si bien, todo apunta a que así se declarará en el asunto que nos ocupa por las propias manifestaciones del TJUE. Y ello, aun cuando sea evidente que la cuestión controvertida tiene una importancia cuantitativa testimonial, a pesar de lo cual, no debe resultar desdeñada por cuanto que nos encontramos ante una posible vulneración del derecho a la igualdad, cuestión de relevancia social que constituye no sólo un deber jurídico constitucionalmente consagrado tanto en la Unión Europea como en España, sino también, una verdadera exigencia moral,²⁶ que en cualquier caso justificaría el planteamiento.

Más allá de esa probable apreciación de la vulneración del principio de igualdad de trato y de la concesión de la compatibilidad de pensiones por mor de la discriminación indirecta, lo que subyace en el fondo del asunto es la falta de una normativa precisa, coherente y sistemática sobre la cuestión. Parece obvio que resulta necesaria e inevitable, para evitar situaciones injustas e indeseables, una regulación de la incompatibilidad de pensiones y, especialmente, de las de incapacidad permanente total, que configure un nuevo sistema en el que el carácter vitalicio de las prestaciones y el percibo completo de las mismas no sea necesariamente compatible con el desempeño de cualquier trabajo por cuenta ajena y/o propia nominalmente distinto al que generó la prestación, tal y como se interpreta el artículo 198 LGSS²⁷, introduciendo factores correctores de esa compatibilidad absoluta que permitan la reducción de la pensión en proporción a los nuevos ingresos percibidos²⁸. Y desde esa perspectiva y con esa finalidad, fijando el concepto de pensión única y el correlativo derecho de opción en el Título I de la LGSS para que resulte aplicable al conjunto del sistema, por no apreciarse justificación razonable que admita la compatibilidad por el simple

25. Libro Verde de 7 de julio de 2010 titulado "En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros", y Libro Blanco de 16 de febrero de 2012 titulado "Sobre una agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles".

26. Ordóñez Solís, D.: "La igualdad de género, los jueces españoles y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 4/2019, p. 13 del documento electrónico (BIB 2019\1974).

27. STS de 28 de enero de 2002 (RJ 2002, 3761) que dejó señalado que el cobro de la IPT resultaba compatible con cualquier otra profesión distinta, con independencia de si las secuelas objetivadas inhabilitaban o no para esas nuevas tareas.

28. Así se viene defendiendo con tesón por el sector más autorizado de la doctrina. *Vid.* Sempere Navarro, A. V.: "El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2013, p. 9 del documento electrónico (BIB 2013\10). En parecidos términos, Roqueta Buj, R.: "El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 29, 2001, p. 129.

hecho del encuadramiento formal en dos regímenes diversos²⁹. Bajo esa premisa, el problema planteado en la sentencia comentada difícilmente hubiera generado algún elemento discriminatorio.

Bibliografía

- Bogoni, M.: "Jubilación anticipada voluntaria, discriminación indirecta y objetivos de política social: el impacto de la reciente jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 242, 2021 (BIB 2021\3845).
- Fernández Collados, M. B.: "Avances y retos pendientes en el derecho a la pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019.
- Olarte Encabo, S.: "Comentario al artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social", en Moneo Pérez, J. L. (dir.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- Ordóñez Solís, D.: "La igualdad de género, los jueces españoles y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 4/2019 (BIB 2019\1974).
- Roqueta Buj, R.: "El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 29, 2001.
- Sempere Navarro, A. V.: "El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2013 (BIB 2013\10).
- Trillo García, A. R.: "La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación del principio de igualdad de trato sobre las cláusulas anticúmulo en materia de pensiones", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- Villar Cañada, I. M.: "¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2020.

29. Recuérdese que ya el TJUE, en los apartados 64 y 65 de la sentencia comentada, advierte que las consecuencias presupuestarias de la posibilidad o no de acumulación de pensiones de IPT no difieren en función de que se causaran o no en el mismo o diferente régimen, si se cumplían los requisitos de cotización separadamente. Esto es, el propio TJUE remarca la incoherencia de la normativa que permite indirectamente la compatibilidad.