

Discriminación indirecta en la incompatibilidad de pensiones de incapacidad permanente en el marco un mismo régimen público de Seguridad Social.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *Una de las cuestiones que más conflictos plantea en materia de protección social es precisamente la relativa a la compatibilidad o incompatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente. Aunque ya la doctrina judicial española había entendido que la regla general de incompatibilidad de pensiones resultaba acorde con el principio de “pérdida de una renta profesional” (por lo que no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución), también había insistido en que ese principio únicamente operaba dentro del Régimen General. De este modo, únicamente se podría admitir la compatibilidad entre pensiones que pertenezcan a distintos regímenes. Empero, la cuestión se vuelve más conflictiva al confrontar las proporciones respectivas de trabajadores afectados y los que no en relación a la supuesta diferencia de trabajo entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación. Por esta razón, a la luz de la Directiva 79/7/CEE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea da un giro de 360 grados al cuestionar la normativa española de Seguridad Social.*

Palabras clave: *Incapacidad permanente. Compatibilidad de pensiones. Régimen Público de Seguridad Social. Financiación y discriminación indirecta.*

Keywords: *Permanent disability. Public social security system. Financing and indirect discrimination.*

I. Introducción

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del 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 (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174). Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre KM y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en relación con la negativa de este último a reconocer la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente total reconocidas a KM en virtud del mismo régimen legal de seguridad social sobre la base de períodos de cotización y de lesiones diferentes.

Respecto al marco jurídico regulador aplicable a la controversia jurídica (Resumen):

1.- **Derecho de la Unión Europea:** A tenor del artículo 1 de la Directiva 79/7: «La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.» 4 En su artículo 3, apartado 1, letra a), se establece que esta Directiva se aplica a los regímenes legales que aseguren una protección contra el riesgo de «invalidez», entre otros.

El artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva dispone lo siguiente: «El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: – el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, – el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.»

El artículo 1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204, p. 23), establece, en particular, que esta Directiva contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a los regímenes profesionales de seguridad social.

2.-En cuanto al **Derecho Español:** El artículo 163 de la LGSS, titulado «Incompatibilidad de pensiones», establece lo siguiente en su apartado 1: «Las pensiones [del] Régimen General [de la Seguridad Social] serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.»

A tenor de la disposición transitoria vigésima sexta de la LGSS, aplicable al litigio principal: «1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual. b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual. c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. d) Gran invalidez. 2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine. [...] 4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. [...]»

El artículo 34 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE n.o 221, de 15 de septiembre de 1970, p. 15148), establece lo siguiente: «Las pensiones que concede este régimen especial a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario. Quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones, optará por una de ellas.»

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20).

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial.

ECLI:EU:C:2022:508

Fuente: Curia europea.

Ponente: Sra. A. Prechal (Ponente).

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el marco de un proceso judicial de Seguridad Social, el Juzgado número 26 de Barcelona plantea, ante la sede del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el posible reconocimiento de la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente total generadas, de manera sucesiva, en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante RGSS). El Juez nacional se dirige al Tribunal de Justicia para solicitarle que precise una concreta cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, a fin de poder comprobar, en este caso, la conformidad de la normativa nacional con este Derecho comunitario.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) había reconocido a la demandante una pensión incapacidad permanente total en el RGSS para la profesión de auxiliar administrativo, que se derivaba de una enfermedad común. Una vez reconocida la pensión, la actora comenzó a prestar servicios en profesión distinta para ese mismo régimen sufriendo, a posteriori, un accidente no laboral. Esta situación dio lugar a una segunda declaración de incapacidad permanente total en el RGSS derivada de accidente no laboral, no necesitando para causar esta pensión las cotizaciones tenidas en cuenta para reconocer la pensión anteriormente concedida. El INSS reconoció ambas pensiones, pero las declaró incompatibles conforme a lo establecido en el artículo 163 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), otorgando el derecho de opción por una u otra.

Por su parte, la demandante alegó la aplicación equívoca y/o errónea del artículo 163 de la LGSS, sobre la cual el INSS declaró la incompatibilidad de las dos pensiones. Y es que, la actora entiende que esta normativa genera una discriminación indirecta por razón de sexo, de ahí que resulte contraria al Derecho de la Unión.

Recuérdese que el artículo 163 de la LGSS impide la acumulación de dos pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del RGSS^[1], pues de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se deriva que esta disposición, interpretada a *sensu* contrario, permite admitir tal acumulación cuando dichas pensiones proceden de regímenes diferentes —a saber, el RGSS y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), normalmente—, incluso sobre la base de unas mismas lesiones. El fundamento de esta interpretación es que cada uno de estos regímenes persigue una finalidad propia, a saber, respecto al RGSS, la consistente en compensar la imposibilidad de desarrollar una actividad por cuenta ajena y, respecto al RETA, la consistente en compensar la imposibilidad de desarrollar una actividad por cuenta propia.

A este respecto, el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona plantea la existencia de una eventual discriminación indirecta por razón de género, prohibida por el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, al entender que el artículo 163 de la LGSS determina el principio de incompatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente en el RGSS. Y es que, aunque la norma resulte aparentemente neutra, sus efectos pueden —en realidad— tener mayor incidencia negativa sobre las mujeres en comparación con los hombres.

Así el Juez *a quo* considera que mientras que la distribución de los afiliados al RGSS de la Seguridad Social entre hombres y mujeres está bastante equilibrada, estas últimas solo representan el 36,15 % de los afiliados al RETA, lo que viene provocado por la mayor dificultad de las mujeres para el emprendimiento autónomo. En consecuencia, dado que la acumulación de prestaciones solo es posible para las

prestaciones reconocidas en virtud de regímenes diferentes y la protección de hombres afiliados al RETA sería claramente superior a la de las mujeres, dicha acumulación sería más fácil de obtener para los hombres que para las mujeres.

El Juez *a quo* decide suspender el procedimiento y plantear, ante el TJUE, dos importantes cuestiones prejudiciales, a saber:

a) “¿Es contraria a la normativa europea recogida en el artículo 4 de la directiva 79/7, pudiendo provocar una discriminación indirecta por razón de sexo o de género, la norma española sobre compatibilidad de prestaciones, recogida en el artículo 163.1 LGSS que impide compatibilizar en el mismo régimen, mientras que sí reconoce su compatibilidad en caso de ser reconocidas en diferentes regímenes, aunque en todo caso se hayan ganado en base a cotizaciones independientes, atendida la composición de sexos de los distintos regímenes de la Seguridad Social española?”

b) En caso de respuesta negativa a la primera pregunta, ¿Podría ser la normativa española contraria a la europea antes apuntada en caso de que ambas prestaciones tuvieran por causas diferentes lesiones?”

IV. Posición de las partes

1. Parte Social: la demandante en el litigio principal interpuso un recurso ante el tribunal remitente solicitando que se reconociera la compatibilidad de la pensión de incapacidad relativa a su profesión de subalterna de casal con la relativa a su antigua profesión como auxiliar administrativa, con el fin de poder acumular estas dos pensiones. A tal efecto, alegaba, en esencia, que no es aplicable el artículo 163 de la LGSS, sobre cuya base el INSS declaró la incompatibilidad de las dos pensiones, porque genera una discriminación indirecta por razón de sexo y, por lo tanto, es contrario al Derecho de la Unión.

2. Parte Administrativa (INSS): el INSS declaró a la demandante en el litigio principal, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, «RGSS»), en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de auxiliar administrativa, derivada de una enfermedad común relacionada con un infarto cerebral, y le concedió una pensión con arreglo al RGSS, calculada considerando las bases de cotización del período comprendido entre mayo de 1989 y abril de 1994.

Posteriormente el INSS declaró a la demandante en el litigio principal, que, entretanto, trabajaba como subalterna de casal, en situación de incapacidad permanente total también para su nueva profesión habitual debido a un accidente no laboral en el que se había fracturado un fémur, y le concedió la pensión correspondiente con arreglo al RGSS, calculada considerando las bases de cotización del período comprendido entre febrero de 2015 y enero de 2017. Sin embargo, el INSS consideró que, en virtud del artículo 163 de la LGSS, esta pensión era incompatible con la concedida anteriormente, de modo que la demandante en el litigio principal solo tenía derecho a una de las dos pensiones en el marco de un mismo régimen público de seguridad social.

El INSS -y el Gobierno español- alegan, en lo fundamental, que esta normativa nacional controvertida en el litigio principal está justificada por el objetivo de preservar la viabilidad del sistema de seguridad social.

V. Normativa aplicable al caso

Directiva 79/7/CEE (Igualdad de trato en Seguridad Social), artículo 4.1.

RD-Legislativo 8/2015 (TRLGSS), artículo 163.

Decreto 2530/1970 (RETA), artículo 34.

VI. Doctrina básica

1º. Se recuerda por parte del TJUE que, aunque no se discute que el Derecho de la Unión respeta la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos para la concesión de prestaciones en materia de seguridad social, no es menos cierto que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión (sentencia de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, C527/13, EU:C:2015:215, apartado 25), atendiendo al principio de primacía del Derecho Social Comunitario. En este sentido la legislación nacional debe respetar la Directiva 79/7 y, en particular, su artículo 4, apartado 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.

2ª. Para apreciar si la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede situar a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, es preciso recordar que la existencia de tal desventaja particular podría acreditarse, entre otras formas, probando que dicha normativa afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2021, INSS, C843/19, EU:C:2021:55, apartado 25).

En el supuesto de que, como ocurre en el presente caso, el juez nacional disponga de datos estadísticos, el Tribunal de Justicia ha declarado, por un lado, que incumbe a este tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a la normativa nacional en la que tiene su origen la diferencia de trato y, por otro lado, que el mejor método de comparación consiste en confrontar las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa y las mismas proporciones entre la mano de obra masculina comprendida en dicho ámbito de aplicación (sentencia de 21 de enero de 2021, INSS, C843/19, EU:C:2021:55, apartado 26).

En este contexto, corresponde al juez nacional apreciar en qué medida los datos estadísticos que se le someten son fiables y si se pueden tomar en consideración, es decir, entre otras cosas, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si son suficientemente significativos (sentencia de 21 de enero de 2021, INSS, C843/19, EU:C:2021:55, apartado 27).

El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la apreciación de los hechos que permiten presumir que existe una discriminación indirecta corresponde al órgano jurisdiccional nacional, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales que pueden disponer, en particular, que es posible demostrar la discriminación indirecta por cualquier medio, incluso a partir de datos estadísticos (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C274/18, EU:C:2019:828, apartado 46 y jurisprudencia citada; véase, asimismo, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C167/97, EU:C:1999:60, apartado 61).

Si, al término de dicha apreciación, el tribunal remitente llegara a la conclusión de que la normativa nacional controvertida en el litigio principal sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, la referida normativa supondría una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, a menos que estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucedería si dicha normativa responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar dicho objetivo y es necesaria para ello, entendiéndose que solo puede considerarse adecuada para garantizar el objetivo invocado si responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática [sentencia de 24 de febrero de 2022, TGSS (Desempleo de los empleados de hogar), C389/20, EU:C:2022:120, apartado 48].

Si bien en último término corresponde al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si la disposición legal controvertida está justificada por tal factor objetivo y en qué medida lo está [sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo), C223/19, EU:C:2020:753, apartado 57], el Tribunal de Justicia, que debe proporcionar respuestas eficaces a aquel en el marco de la remisión prejudicial, es *competente para dar indicaciones*, basadas en los autos del asunto principal y en las observaciones escritas y orales que se le hayan presentado, que permitan al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución [sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo), C223/19, EU:C:2020:753, apartado 58].

En el caso de autos, el INSS y el Gobierno español alegan, en esencia, que la normativa nacional controvertida en el litigio principal está justificada por el objetivo de preservar la viabilidad del sistema de seguridad social. Manifiestan, por un lado, que la posibilidad de acumular al menos dos pensiones de incapacidad permanente total obtenidas en virtud de un mismo régimen, que cubren el mismo riesgo de pérdida de ingresos profesionales, tendría consecuencias importantes en la financiación de dicho sistema y, por otro lado, que la posibilidad de acumular pensiones correspondientes a distintos regímenes tiene un efecto presupuestario reducido y además estas pensiones cubren riesgos diferentes.

Sin embargo, se demuestra fehacientemente que las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias pensiones de incapacidad permanente total no parecen ser muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para pensiones obtenidas en virtud de un mismo régimen o en virtud de distintos regímenes, tanto más cuanto que, como en el caso de autos, el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos períodos cotizados. De lo cual se deduce que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado.

Con todo, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial principal en el sentido de que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional –como la española analizada en el caso de autos– que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen público de seguridad social, 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 sexo.

VII. Parte dispositiva

En virtud de los hechos probados y de la argumentación expuesta, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: 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 se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social 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 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 sexo.

VIII. Pasajes decisivos

Se acredita fehacientemente que las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias pensiones de incapacidad permanente total no parecen ser muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para pensiones obtenidas en virtud de un mismo régimen o en virtud de distintos regímenes, tanto más cuanto que, como en el caso de autos, el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos períodos cotizados. De lo cual se deduce que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado.

Por tanto, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial principal en el sentido de que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional –como la española analizada en el caso de autos– que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen público de seguridad social, 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 sexo.

IX. Comentario

La sentencia del TJUE de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20) permite dar un paso más en ese proceso de compatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente al interpretar que, de acuerdo con la legislación nacional, los Estados miembro podrán determinar la simultaneidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total (incluso permitir la acumulación bajo determinadas condiciones), siempre que se respete la Directiva de igualdad de trato. De forma que, se evite así, cualquier discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta, sobre todo en lo que se refiere al cálculo de las prestaciones.

La STJUE de 30 de junio de 2022 declara en su fallo 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 entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, 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 cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, 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 datos de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que la misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.*

En su fundamentación jurídica recuerda, así, el Alto Tribunal Europeo que, en el contexto de la Directiva, existirá una situación de discriminación indirecta por razón de sexo cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro sitúen a

personas de un sexo en desventaja particular con respecto a otras personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y, siempre que, los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios^[2].

En consecuencia, la sentencia del TJUE no otorga una respuesta definitiva a la primera de las cuestiones prejudiciales enunciadas, sino que la condiciona a una serie de circunstancias que habrá de constatar el Juez “a quo”. De esta manera, el TJUE encomienda al Juez nacional que, en primer lugar, determine en base a datos pertinentes si se produce discriminación indirecta. Tal y como relata la sentencia, el Alto Tribunal Europeo comprueba que, efectivamente, se disfrutaban de la acumulación de pensiones incapacidad permanente total una proporción significativamente mayor de trabajadores que de trabajadoras, afirmando así en su fundamentación jurídica que los datos sobre los que inicialmente se sustentaba la pregunta no eran adecuados. En segundo lugar, para el caso de que exista desproporción se encomienda al Juez “a quo” que verifique, si la referida normativa está justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo^[3]. El problema es que, la legislación española establece una diferencia de trato en función de un criterio “aparentemente neutro”, según el cual esos trabajadores únicamente pueden acumular las pensiones cuando estas correspondan a distintos regímenes de Seguridad Social.

Realizadas dichas encomiendas al Juez *a quo*, el TJUE le ofrece una serie de instrumentos que le permiten la constatación.

En primer lugar, el TJUE considera que los datos comparativos ofrecidos por el Juez nacional, es decir, los censos por género del RGSS y del RETA no clarifican el problema, pues la normativa nacional controvertida (artículo 163 de la LGSS y el artículo 34 del Decreto 2530/1970) no se aplica a todos los trabajadores afiliados a los distintos regímenes españoles de Seguridad Social, sino únicamente a aquellos que en principio cumplen los requisitos para concesión de al menos dos pensiones de incapacidad permanente total.

Por todo ello, entiende que para determinar si la legislación española supone una discriminación indirecta, no pueden tomarse en consideración a los trabajadores que no pueden acumular dos o más pensiones por la mera razón de que no cumplen los requisitos para la concesión de cada una de esas pensiones. La solución al problema pasa por aplicar el siguiente método:

Primero, se deben tomar en consideración el conjunto de los trabajadores sujetos a dicha normativa, a saber, tomar en consideración el número de trabajadores y trabajadoras del RGSS y del RETA que en principio pudieran tener derecho a dos pensiones con abstracción de la eventual incompatibilidad.

Segundo, entre el conjunto de trabajadores y trabajadoras así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se permite acumular dichas pensiones respecto de los trabajadores que pueden llevar a cabo dicha acumulación y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a mujeres.

Tercero, estas proporciones habrán de compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre la proporción de trabajadores y trabajadoras que resultan negativamente afectados.

Otra de las cuestiones principales que evalúa el TJUE, en su sentencia de 30 de junio de 2022, es la relativa a la finalidad prevista por el artículo 163 de la LGSS. Y es que, tanto el INSS, como el Gobierno español alegan que la legislación española está justificada por el objetivo de preservar el sistema de Seguridad Social. Efectivamente, la posibilidad de acumular al menos dos pensiones de incapacidad permanente total de un mismo régimen tendría consecuencias importantes en la financiación de dicho sistema. Por lo que, olvidan (tanto el INSS, como el Gobierno) la finalidad de protección que el sistema de Seguridad Social otorga frente a las distintas situaciones

de necesidad. De otro lado, el admitir que se acumulen pensiones correspondientes a distintos regímenes tiene un efecto presupuestario reducido y además estas pensiones cubren riesgos diferentes.

Sorprende al TJUE que la nación española se guíe por esos criterios tan economicistas, en lugar de fomentar la protección frente a las distintas situaciones de necesidad. Y, de hecho, así lo pone de manifiesto en su sentencia. Por lo que, niega que el carácter o la naturaleza presupuestaria de la norma española pueda justificar discriminación por sexos. Realmente, el objetivo de asegurar la financiación sostenible de las pensiones de incapacidad permanente puede considerarse, en cambio, un "objetivo legítimo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo". Es por ello que, la posibilidad de acumular varias pensiones sí parezca conferir, a ojos del TJUE, "...una ventaja económica a los trabajadores de que se trata y puede implicar gastos públicos adicionales... las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias pensiones de incapacidad permanente total no parecen ser muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para pensiones obtenidas en virtud de un mismo régimen o en virtud de distintos regímenes".

En base a estos argumentos, el TJUE estima que, sin perjuicio de que el Juez nacional compruebe este extremo, la legislación española "no se aplica de manera coherente y sistemática", de ahí que no pueda "considerarse adecuada" para alcanzar el objetivo invocado.

Una de las cuestiones que insiste el TJUE es en la necesidad de operar una reforma legal sobre la materia en el sentido de que se equiparen el régimen jurídico de pluriactividad con el de pluriempleo, de modo que se aplique el principio de pensión única en el sistema. Sobre este aspecto, ya se está produciendo una importante aproximación entre la acción protectora entre el Régimen General de la Seguridad Social y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, todo ello, fruto del diálogo social, en tanto se pretende que la cotización en el RETA se aproxime a la fórmula de concreción establecida en el RGSS.

Por otro lado, progresivamente se están implementando medidas de colaboración entre los distintos regímenes que recuerdan a las técnicas aplicadas en los casos de pluriempleo y así, se contemplan en los casos de pluriactividad el cómputo recíproco de cotizaciones entre distintos regímenes para causar o perfeccionar una prestación (artículo 9.2 de la LGSS y RD 691/1991, de 12 de abril), la acumulación de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes para la determinación de la base reguladora en uno de los regímenes, eso sí, con la limitación de la base máxima (artículo 49 LGSS) o el establecimiento de reglas específicas de cotización en los casos de pluriactividad, como la devolución del 50 % del exceso de las cotizaciones abonadas en el RETA cuando la suma de las cotizaciones del RGSS y del RETA excedan del límite de la base máxima, o modular las bases de cotización por debajo de la base mínima en el RETA cuando se den ciertos supuestos de pluriactividad (artículo 313 LGSS)^[4].

X. Apunte final

Se produce aquí un giro importante respecto a las reglas vigentes de compatibilidad atendiendo la obligada observancia del principio de no discriminación. Pero hay que retener que el propio TJUE señala que "De lo anterior se deduce que, sin perjuicio de que el tribunal remitente compruebe este extremo, la normativa nacional controvertida [española] en el litigio principal no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado" (FJ 65).

En su razonamiento jurídico el Tribunal de Justicia ya ha declarado, con reiteración, que la apreciación de los hechos que permiten presumir que existe una discriminación indirecta corresponde al órgano jurisdiccional nacional, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales que pueden disponer, en particular, que es posible demostrar la discriminación indirecta por cualquier medio, incluso a partir de

datos estadísticos (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C274/18, EU:C:2019:828, apartado 46 y jurisprudencia citada) (FJ. 55).

Se ha de esperar, pues, al pronunciamiento del órgano jurisdiccional nacional que planteó la cuestión prejudicial.

Referencias:

1. [^] *Tras la redacción dada por el apartado dos de la Disposición Final Trigésima octava de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, el número 1 del artículo 163 de la LGSS queda redactado de la siguiente forma: “1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de que se cause derecho a una nueva pensión que resulte incompatible con la que se viniera percibiendo, la entidad gestora iniciará el pago o, en su caso, continuará con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, con suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda. No obstante, el interesado podrá solicitar que se revoque dicho acuerdo y optar por percibir la pensión suspendida. Esta opción producirá efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud”.*
2. [^] *MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Compatibilidad entre pensiones y discriminación indirecta por razón de género y viabilidad del sistema de Seguridad Social”, en La Ley Unión Europea, núm. 105, 2022.*
3. [^] *Según el TJUE en su sentencia de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20) “el mejor método de comparación consiste en confrontar las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa y las mismas proporciones entre la mano de obra masculina comprendida en dicho ámbito de aplicación. Para ello, en primer lugar, es preciso tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a dicha normativa, a saber, todos los trabajadores y trabajadoras que, en principio, tengan derecho a más de una pensión de incapacidad permanente total. En segundo lugar, entre el grupo de trabajadores y trabajadoras así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se permite acumular dichas pensiones respecto de los trabajadores que pueden llevar a cabo dicha acumulación y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a las trabajadoras. Por último, estas proporciones deben compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre la proporción de trabajadores y la proporción de trabajadoras afectados negativamente. Corresponde al tribunal remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias y apreciar, en su caso, si es significativa la eventual diferencia existente entre las proporciones de trabajadores y trabajadoras negativamente afectados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal, teniendo presente que una diferencia menos importante pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo entre los trabajadores y las trabajadoras podría también poner de manifiesto una apariencia de*

discriminación indirecta por razón de sexo. Si, al término de dicha apreciación, el tribunal remitente llegara a la conclusión de que la normativa nacional controvertida en el litigio principal sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, la referida normativa supondría una discriminación indirecta por razón de sexo, a menos que estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucedería si dicha normativa responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar dicho objetivo y es necesaria para ello”.

4. [^] MONEREO PÉREZ, J.L., LÓPEZ INSUA, B.M y GUINDO MORALES, S: *La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos: entre derecho normal y derecho de la emergencia*, Murcia, Laborum, 2021.