

Discriminación por razón de sexo y Seguridad Social: La aplicación de la Directiva 79/7 en España

Sex discrimination and Social Security: The application of Directive 79/7 in Spain

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Recibido: 09.05.2023 / Aceptado: 31.05.20230

DOI: 10.20318/cdt.2023.8082

Resumen: El Informe de la Comisión de 11 de septiembre de 1995 sobre la aplicación de la Directiva 79/7 en España destacaba la correcta aplicación de la misma en nuestro país. Sin embargo, desde hace más de una década la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está poniendo continuamente en evidencia la existencia de antiguas y nuevas discriminaciones por razón de sexo en la legislación española de Seguridad Social. Estas sentencias han constituido un revulsivo que han impulsado reformas legislativas de gran calado para adecuar la normativa nacional al Derecho de la Unión Europea. Aunque en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional español han tenido que pronunciarse sobre el carácter discriminatorio, o no, de las mismas disposiciones, por el momento el diálogo entre ambos tribunales ha sido armonioso. En cualquier caso, la Directiva 79/7 no es la panacea para la total erradicación de las discriminaciones por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social y Asistencia Social porque, conforme a su ámbito de aplicación personal y material, la Directiva 79/7 no se aplica a todas las personas ni a todas las prestaciones sociales.

Palabras clave: discriminación, Seguridad Social, Directiva, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract: The Commission Report of 11 September 1995 on the application of Directive 79/7 in Spain highlighted the correct application of the Directive in our country. However, for more than a decade, the case law of the Court of Justice in Luxembourg has continually outlined the existence of old and new forms of discrimination on grounds of sex in Spanish Social Security legislation. These rulings have been a catalyst for far-reaching legislative reforms to bring national legislation into line with European Union law. Although on several occasions the Court of Justice of the European Union and the Spanish Constitutional Court have had to rule on the discriminatory nature of the same provisions, the dialogue between the two courts has so far been harmonious. In any case, Directive 79/7 is not a panacea for the total eradication of discrimination on grounds of sex in the field of social security and social assistance because, given its personal and material scope of application, Directive 79/7 does not apply to all persons or to all social benefits.

Keywords: discrimination, Social Security, Directive, Court of Justice of the European Union.

Sumario: I. De la igualdad de trato salarial en el Tratado de la Comunidad Económica Europea a la igualdad de trato por razón de sexo en materia de Seguridad Social en la Directiva 79/7. 1. El artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. 2. La Directiva 79/7. II. Sobre

si la Directiva 79/7 vulnera el principio de igualdad consagrado en el Tratado de la Unión Europea, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales. III. Pensión de Jubilación y Trabajo (Feminizado) a Tiempo Parcial. 1. Períodos de cotización computable. 2. Integración de lagunas de cotización. 3. Porcentaje aplicable a la Base Reguladora. 4. Reducción de jornada por guarda legal y pensiones. IV. Desempleo y Trabajo a Tiempo Parcial. V. (In)compatibilidad de pensiones en el mismo Régimen General de Seguridad Social. VI. Complemento de pensión por aportación demográfica y exclusión de los progenitores masculinos: discriminación directa por razón de sexo. 1. Impacto de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 en la práctica administrativa, jurisprudencia y legislación española. VII. Inaplicación de la Directiva 79/7 a trabajadores del mismo sexo. VIII. Empleadas de hogar y protección por desempleo. 1. Empleadas de hogar transfronterizas. IX. Sostenibilidad financiera de las pensiones y objetivos legítimos de política social como justificación de la inaplicación de la Directiva 79/7 pero no del Reglamento 883/2004. X. Conclusiones.

I. De la igualdad de trato salarial en el Tratado de la Comunidad Económica Europea a la igualdad de trato por razón de sexo en materia de Seguridad Social en la Directiva 79/7

1. Debido al carácter predominantemente económico que caracterizó a la Comunidad Europea en sus inicios la Seguridad Social de los migrantes no fue concebida por el Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957) como uno de los pilares sobre los que se construiría el Mercado Común. Y ello a pesar de que tempranamente se planteó el debate sobre si la protección social podía tener, directa o indirectamente, una repercusión sobre los costes laborales y, por tanto, si la instauración de un Mercado Común precisaba de una “armonización social”.

2. Francia era partidaria de esto último y entre los argumentos esgrimidos a favor de la armonización de los sistemas de Seguridad Social adujo que resultaba necesaria para la consecución de la libre circulación de trabajadores puesto que estos podrían sentirse inclinados a emigrar a aquellos países que les dispensaran una mejor cobertura de Seguridad Social.

3. Alemania abogó por la tesis contraria al considerar no sólo que la armonización social era innecesaria (ya que la protección social constituye solamente uno de los factores que determinan la competitividad) sino que incluso la armonización podía distorsionar el equilibrio entre los Estados fundadores.

4. Esta segunda postura fue la que prevaleció en el Tratado de la Comunidad Económica Europea y, ante las reticencias e incluso la firme oposición de la mayoría de los Estados miembros, el Tratado no atribuyó a las instituciones comunitarias competencias efectivas para impulsar la armonización de los sistemas de Seguridad Social pensándose incluso que, con el paso de los años, el propio funcionamiento del Mercado Común conduciría a ese resultado.

1. El artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea

5. La incorporación del artículo 119¹ fue una excepción a esta falta de previsiones armonizadoras en el Tratado de la Comunidad Económica Europea. Este precepto, como señaló Ortiz Lallana², encuentra su precedente en los artículos 41 del Tratado de Constitución de la OIT (en su versión de 1946)

¹ Artículo 119: “Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo”. Actualmente se corresponde con el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

² M.C. ORTIZ LALLANA, “Igualdad de Trato por Razón de Sexo: Un Estudio Especial (I)”, *Actualidad Laboral* nº 13/1988, p.672.

y 2.1 del Convenio 100 de 29 de junio de 1951 de esta misma Organización, aunque manifestaciones de este principio pueden también ser encontradas en otros textos internacionales.

6. El artículo 119 constituye la única referencia expresa que el Tratado de la Comunidad Económica Europea dedicó a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Conviene puntualizar que no existe ninguna mención en dicho Tratado ni el actualmente vigente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al término discriminación por razón de género.

7. Podría pensarse que la inclusión en el Tratado del artículo 119 se produjo con un objetivo social, reflejo del carácter fundamental que el Derecho a la igualdad de tratamiento sin discriminación por razón de sexo reviste en todo sistema democrático³. Nada más lejos de la realidad. Como ocurre en otros supuestos en los que el Tratado regula medidas de carácter social, lo hace movido principalmente por razones económicas: rechazadas las pretensiones de Francia para proceder a una armonización de los costos sociales -que hubiera conllevado una armonización de los sistemas de protección social- se llegó finalmente a una solución de compromiso y la delegación francesa consiguió que se introdujeran los artículos 119 y 120 en el Tratado de la Comunidad Económica Europea. Con ello se evitaba el riesgo de que la firma del Tratado colocase a la economía de dicho país en una posición competitiva menos ventajosa frente a los demás Estados miembros. Es decir, que la igualdad de remuneración se concibe en el Tratado con una clara finalidad económica cuyo objetivo es evitar falsear la competencia entre las empresas europeas que compiten en el Mercado Común⁴.

8. La trascendencia del importante papel que el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea estaba llamado a desempeñar no comenzó a manifestarse hasta la década de los años 70, momento a partir del cual la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el seno de la Comunidad adquirió un innegable impulso como refleja la creación del Comité Consultivo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el establecimiento de la Comisión de los Derechos de las mujeres, la instauración de programas específicos para mejorar el nivel de participación de las mujeres en el mundo laboral, tales como NOW, IRIS, YLEI...

9. Por su especial trascendencia hay que mencionar la Cumbre de París de 1972 que culminó con la adopción por parte del Consejo de las Comunidades el 21 de enero de 1974 de un Programa de Acción social para “emprender acciones a fin de asegurar la igualdad de los hombres y de las mujeres en lo que concierne al acceso de empleo, a la formación y promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, incluidas las remuneraciones”. En dicho documento se aludía a que la Comisión había presentado una propuesta sobre una Directiva que desarrollase el artículo 119. Esta proposición cristalizaría en la adopción de la Directiva 75/117 de 10 de febrero “relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos”.

2. La Directiva 79/7

10. Las medidas relativas a la realización del principio de igualdad por razón de sexo en el seno de la Comunidad Europea, por muy extensivamente que fueran interpretadas por el Tribunal de Justicia, eran insuficientes para eliminar muchas modalidades de supuestos discriminatorios subsistentes.

11. Y, entre estos supuestos excluidos se encuentran precisamente las prestaciones instituidas en el marco de un régimen legal de Seguridad Social. De ahí la gran importancia de que el 19 de diciembre

³ M.T. DE LA VEGA SANZ, “El Principio de Igualdad” en: C.G.P.J., *Derecho Social Comunitario, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, p.54.

⁴ T. PÉREZ DEL RÍO, “La Normativa Comunitaria en materia de Igualdad de Trato y No Discriminación por Razón de Sexo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* n° 13/1991, p.17.

de 1978 se adoptara la Directiva 79/7 “relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social”, que encuentra su fundamento en el artículo 235 del Tratado de la Comunidad Europea y en el artículo 1.2 de la Directiva 76/207⁵.

12. Puesto que la Comunidad Económica Europea se constituyó con un clarísimo objetivo económico no es de extrañar que la Directiva 79/7 no sea aplicable a quienes nunca fueron demandantes de empleo. Por idéntica razón su ámbito de aplicación personal se restringe a las personas que en el momento en que se generó su derecho a una prestación estaban en activo, o a quienes hubieran visto su actividad interrumpida por alguna de las contingencias taxativamente enumerados en el artículo 2 de la Directiva 79/7⁶.

13. No obstante, en el supuesto de que los ingresos del trabajador/a no cubriesen todas sus necesidades ello no le privaría de su condición de persona activa a los efectos de la citada Directiva⁷. E, incluso, en el caso Drake el Tribunal de Justicia de Luxemburgo dictaminó que una persona que había renunciado a trabajar sólo a causa de la invalidez de su madre debía considerarse que formaba parte de la población activa a los efectos de la Directiva⁸.

14. Por lo que respecta al ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 el mismo viene regulado en su artículo tercero, en virtud del cual quedan incluidos los regímenes legales que aseguren una protección contra los riesgos relativos a la enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional. Es de destacar la expresa inclusión de las disposiciones relativas a la Asistencia Social en la medida en que estén destinadas a completar o suplir la protección contra alguno de los riesgos anteriormente citados.

15. Por el contrario, conforme al artículo 3.2 de la Directiva 79/7, quedan excluidas expresamente las prestaciones en favor de los supervivientes y, como regla general, las prestaciones familiares. Y por supuesto también las prestaciones “de moderna generación en cuanto inexistentes en la época de la Directiva 79/7 (como la dependencia o la paternidad). Por lo que respecta a las prestaciones derivadas de embarazo, maternidad o lactancia “estaban y siguen estando fuera de la regulación de la Directiva 79/7 pero han acabado por subirse al ámbito de aplicación de la más protectora Directiva 2006/54”⁹.

16. En relación a este artículo tercero se ha planteado la cuestión de si la aplicabilidad de la Directiva está subordinada al dato de que el régimen de Seguridad Social o Asistencia Social de que se trate haya sido concebido por el autor de la norma como una protección contra los riesgos enumerados específicamente por la propia Directiva o si, por el contrario, es suficiente con que ofrezca una protección de hecho contra tales riesgos. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo tempranamente optó por interpretar que la simple utilización de criterios relativos a riesgos incluidos en el ámbito de aplicación material de la Directiva no supone necesariamente que la Directiva resulte aplicable a dicha prestación.

17. El artículo 4.1 de la Directiva 79/7 prohíbe tanto las discriminaciones directas como indirectas, aunque no contiene una definición expresa de las mismas. En el contexto de la Directiva 79/7 discriminación indirecta ha de interpretarse de la misma manera que a efectos de la Directiva 2006/54. Y,

⁵ Directiva 76/207 de 9 de febrero relativa a “la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo”. Su fundamento jurídico lo constituyó el artículo 235 del Tratado. La Directiva 76/207, junto con las Directivas 75/117, 86/378 y 97/80 fueron refundidas en la Directiva 2006/54.

⁶ Artículo 2: “la presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los jubilados y a los trabajadores inválidos”.

⁷ STJUE de 14 de diciembre 1995, -317/93, ECLI:EU:C:1995:438.

⁸ STJCE de 24 de junio de 1986, -150/85, ECLI:EU:C:1986:257.

⁹ F. LOUSADA AROCHENA; “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España” en: A. VICENTE PALACIO (Coord.), *Aplicación por los Tribunales Españoles de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia Social*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 303-304.

de acuerdo con el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54, constituye discriminación indirecta por razón de sexo una situación en la que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

18. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha declarado que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de personas de un sexo que del otro sexo¹⁰. La existencia de una discriminación indirecta puede ser demostrada por cualquier medio de prueba, incluso datos estadísticos¹¹.

19. El artículo 4.1 de la Directiva 79/7 es lo suficientemente preciso como para que los nacionales puedan invocarlo ante las jurisdicciones nacionales al objeto de que inapliquen cualquier disposición que vulnere tal artículo, incluso si con ello se provoca un “enriquecimiento sin causa” prohibido por el Derecho nacional.

20. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales constaten la existencia de una discriminación directa o indirecta prohibida por la Directiva, el colectivo discriminado tiene derecho a ser tratado de la misma manera y a que se le aplique el mismo régimen que al resto de los sujetos en la misma situación.

21. El principio de no discriminación se entiende sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de la maternidad (artículo 4.2).

22. En cualquier caso, y sin negar el impacto que la Directiva 79/7 ha supuesto en la consecución de la igualdad por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social, no puede tampoco dejar de reconocérsele sus limitaciones derivadas de la redacción de su artículo séptimo que permite a los Estados miembros mantener en sus legislaciones internas excepciones al principio de igualdad excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva. Ni que decir tiene que tales limitaciones han sido interpretadas restrictivamente por el Tribunal de Justicia. Por último, pero no menos significativo, hay que señalar que la Directiva 79/7 no contempla ninguna norma sobre carga de la prueba de la discriminación.

II. Sobre si la Directiva 79/7 vulnera el principio de igualdad consagrado en el Tratado de la Unión Europea, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales

23. Para responder a esta cuestión resulta obligada la remisión a la STJUE de 14 de octubre de 2021¹² que declaró inadmisibile la cuestión prejudicial planteada en el asunto 244/20 por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña. Lo osado del argumento esgrimido por el TSJ de Cataluña y la contundente respuesta del TJUE merecen que se preste especial atención a este pronunciamiento judicial.

24. El litigio principal traía causa de la denegación de una pensión de viudedad a la demandante, pareja de hecho del sujeto causante con el que había convivido varias décadas, pero que no solicitaron su inscripción en el Registro de Parejas Estables de Cataluña hasta el mes anterior al fallecimiento del sujeto causante, acaecida en agosto 2017. De conformidad con el Código Civil catalán no se requiere para que se reconozca la existencia de una pareja de hecho que se formalice en escritura pública y tampoco es necesario la disolución de un posible vínculo conyugal anterior.

¹⁰ Entre otras muchas, cfr. SSTJUE de 20 de octubre de 2011, -123/10, ECLI:EU:C:2011:675 y de 8 de mayo de 2019, -161/18, ECLI:EU:C:2019:382.

¹¹ STJUE de 3 de octubre de 2019, -274/18, ECLI:EU:C:2019:828.

¹² STJUE de 14 de octubre de 2021, -244/20, ECLI:EU:C:2021:854.

25. Para el reconocimiento de pensión de viudedad en caso de parejas de hecho el artículo 174, apartado 3, quinto párrafo TRLGSS -en la redacción dada por la ley 40/2007¹³- permitía que en las CC.AA. con Derecho civil propio, como Cataluña, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se acreditara conforme a lo establecido en su normativa específica. En cualquier caso, la formalización de la relación debía haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

26. El párrafo quinto del artículo 17.3 TRLGSS citado fue declarado inconstitucional *ex nunc* por la STC 40/2014, de 11 de marzo, debido a que introducía un factor de diversidad basado en la residencia, generando con ello una desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad para parejas de hecho.

27. El vigente artículo 221.2, *in fine* TRLGSS exige que la existencia de pareja de hecho se acredite mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del sujeto causante

28. En el litigio principal enjuiciado por el TSJ de Cataluña era del todo evidente que desde la fecha de la STC 40/2014 hasta la fecha del óbito del sujeto causante, la pareja había tenido tiempo sobrado para cumplir con el requisito exigible de que la formalización de la relación de pareja de hecho se hubiera realizado con al menos dos años de antelación al fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

29. A pesar de que la denegación de la pensión de viudedad solicitada estaba más que justificada en el litigio principal, el TSJ de Cataluña planteó cuestión prejudicial por considerar que la STC 40/2014 sometió la concesión de la pensión de viudedad para parejas de hecho a un requisito de formalización que no había sido aplicable en Cataluña. Además, señala el TSJ, “tanto en Cataluña como en el resto de España, la pensión de viudedad está feminizada, ya que los beneficiarios de tal pensión son mujeres en un porcentaje que supera el 90 %, por lo que podría constituir una discriminación indirecta por razón de sexo la restricción de acceso a la pensión controvertida en el litigio principal derivada de la STC 40/2014”.

30. El TSJ de Cataluña es perfecto conocedor de que la pensión de viudedad está excluida del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 y que, por tanto, no puede invocarse la citada Directiva para fundar la existencia de una discriminación por razón de sexo. Para salvar este obstáculo el TSJ de Cataluña esgrimió el siguiente argumento: que “la exclusión de las pensiones de viudedad del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 -conforme a su artículo 3.2- no es conforme con el principio de igualdad entre hombres y mujeres proclamado como valor fundacional de la Unión Europea en los artículos 2 TUE y 3 TUE, en el artículo 19 TFUE y como Derecho Fundamental en el artículo 2.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

31. Es decir, que lo que se está cuestionando es, nada más y nada menos, si la Directiva 79/7 -Derecho derivado- infringe el derecho a la no discriminación tal y como actualmente está proclamado en el Derecho originario.

32. De la importante STJUE de 14 de octubre de 2021 se infiere que:

- 1) La supuesta discriminación controvertida en el litigio principal no está comprendida en el ámbito de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres.
- 2) Que la pensión controvertida en el litigio principal constituye una prestación a favor de los supervivientes en el sentido del artículo 3.2 de la Directiva 79/7 y excluida, como tal, del

¹³ Actual artículo 221.2 TRLGSS.

ámbito de aplicación de dicha Directiva¹⁴. “Al no imponerse a los Estados miembros obligación alguna a este respecto, esta pensión no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, de la Carta”.

- 3) Cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el TJUE no tiene competencia para conocer de ella, y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia¹⁵.
- 4) Rotundamente resuelve el Tribunal que el principio de no discriminación no puede conllevar que se aplique el Derecho de la UE a actos de Derecho derivado no adoptados sobre la base del artículo 19 TFUE -antiguo artículo 13 TCE- o de otras disposiciones de los Tratados.

33. La piedra angular de la sentencia es que hay que partir de la premisa de que la Directiva 79/7 es anterior en el tiempo a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, anterior al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado de la Unión Europea. No hay que olvidar que cuando esta Directiva se adoptó estaba en vigor el Tratado de la Comunidad Económica Europea, que únicamente dedicaba un artículo a la igualdad entre hombres y mujeres en materia salarial: el artículo 119. Pero, la Directiva 79/7 no encuentra su fundamento en ese artículo 119 sino en el 235¹⁶ del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que ninguna relación guarda con la igualdad. Y con ello “se está reconociendo paladinamente que del artículo 119 no se podían extraer las potestades necesarias para acometer la generalización del principio de igualdad de trato por razón de sexo”¹⁷.

34. Por tanto, lo que la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre 2021 viene a significar es que los artículos que actualmente proclaman el derecho a la no discriminación en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no pueden aplicarse a disposiciones de Derecho derivado que ni se fundan ni desarrollan dichos artículos, como es el caso de la Directiva 79/7 que, dicho sea de paso, no ha sido objeto de reforma hasta la fecha.

III. Pensión de Jubilación y Trabajo (Feminizado) a Tiempo parcial

35. La definición de contrato a tiempo parcial se encuentra en el artículo 12.1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores: “el contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”.

36. Históricamente, tanto en España como en el resto de los países de nuestro entorno el trabajo a tiempo parcial ha sido -y sigue siendo- desempeñado mayoritariamente por mujeres puesto que siguen siendo quienes en mayor porcentaje asumen las cargas familiares: mayores, hijos y/o dependientes. El origen de esta situación es histórica: “los roles asignados en función del sexo son diferentes y tienen distinta valoración social. El valor otorgado por la sociedad al rol social femenino, ha sido, y es actualmente, inferior al del rol masculino, y ello ha determinado una posición socio-económica discriminatoria de las mujeres y una situación asimétrica de poder respecto de los hombres”¹⁸.

¹⁴ SSTJUE de 3 de diciembre de 1987, -192/85, ECLI:EU:C:1987:522 y de 27 de octubre de 1993, -337/91, ECLI:EU:C:1993:856.

¹⁵ STJUE de 17 de marzo de 2021, 652/19 (EU:C:2021:208) y Auto del TJUE de 4 de junio de 2020, -32/20 (ECLI:EU:C:2020:441).

¹⁶ Artículo 235: “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

¹⁷ ALFREDO MONTROYA MELGAR, JESÚS GALIANA MORENO Y ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, p.57.

¹⁸ T. PÉREZ DEL RÍO, *Igualdad de Género en el Empleo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006, p.10.

37. Este contexto explica, tal y como el Parlamento Europeo destacó en su Resolución de 14 de junio 2017 que “en la mayoría de los Estados miembros de la Unión, las mujeres gozan de una menor cobertura que los hombres en las pensiones de jubilación”.

38. En el TRLGSS 1994 las reglas para el cálculo del importe de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial estaban reguladas en su Disposición Adicional Séptima que fue modificada parcialmente por el Real Decreto-ley 15/1998. Y, posteriormente, por el Real Decreto-ley 11/2013 dictado este último para superar el vacío legal provocado por la STC 61/2013. El vigente TRLGSS 2015 incorporó en su artículo 248.3 una disposición del mismo tenor que el de la derogada Disposición Adicional Séptima citada.

39. Es cierto que, formalmente, los derechos de los trabajadores son los mismos con independencia de su jornada laboral, pero a efectos de cotización y cálculo de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial la normativa de Seguridad Social ha conllevado en la práctica que, en algunos supuestos, se produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de sexo a la hora del reconocimiento de pensiones para este colectivo eminentemente feminizado, como han tenido ocasión reiteradamente de constatar tanto el Tribunal de Justicia de Luxemburgo como el propio Tribunal Constitucional español.

1. Períodos de cotización computable

40. Cronológicamente hablando, la sentencia de 22 de noviembre de 2012 (caso Elbal Moreno) es la primera en la que el TJUE reconoce que un precepto de la legislación española de Seguridad Social es contrario la Directiva 79/7. La cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona que elevó un total de cuatro preguntas invocando para ello una pluralidad de disposiciones de Derecho comunitario. Por no ser aplicable al caso la normativa alegada¹⁹ el Tribunal de Justicia desestimó todas las cuestiones, excepto la última en la que se planteaba la conformidad de la legislación española con la Directiva 79/7.

41. El litigio principal giró en torno a la Disposición Adicional Séptima del derogado TRLGSS 1/1994 -en la redacción dada por el RD-ley 15/1998- que imponía el cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas (y no los días trabajados) para determinar los períodos de cotización exigidos para acceder a la pensión de jubilación contributiva (aunque atenuado mediante dos reglas correctoras con la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial)²⁰.

42. La aplicación del citado precepto conllevaba *de facto* que se exigiera a los trabajadores a tiempo parcial -sector eminentemente feminizado- un mayor período de cotización respecto a los trabajadores a tiempo completo. Y provocaba, en el caso concreto de la Sra. Elbal Moreno que, a pesar de haber trabajado durante 18 años a jornada parcial no reuniera el período mínimo de cotización de quince años. Es más, tal y como enfatizó el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, con arreglo a la legislación vigente la demandante habría de trabajar cien años para tener derecho a una pensión de jubilación de 112, 93 euros al mes.

43. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo constató que la pensión controvertida está incluida en el ámbito de aplicación material del artículo 3.1 de la Directiva 79/7 por estar directa y efectivamente vinculada con la protección contra el riesgo de la vejez. Se estimó estadísticamente probado que una nor-

¹⁹ La sentencia descarta la aplicabilidad al caso de la Directiva 97/81, del artículo 157 del TFUE y de la Directiva 2006/54.

²⁰ Sobre la evolución histórica de la forma de cómputo de la cotización en el contrato a tiempo parcial a efectos del período de carencia, cfr. A. VICENTE PALACIO; “La Sentencia Elbal Moreno y sus Resonancias (y una disonancia) en VV.AA; *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, pp.686-687

mativa como la controvertida afectaba a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres por lo que la normativa en litigio, aparentemente neutra, perjudicaba desproporcionadamente a las trabajadoras sin que exista causa objetiva ni legítima que lo justifique. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia rechazó que la regulación aplicable a los trabajadores a tiempo parcial pudiera justificarse como una medida legítima de política social y que excluir a este colectivo de toda posibilidad de obtener una pensión de jubilación constituyera una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo, tal y como alegaron el INSS y el Gobierno español.

44. Por todo lo expuesto el Tribunal de Justicia falló que “el artículo 4 de la Directiva 79/7 se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a la normativa española que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”. Es decir, el TJUE confirma que “el método empleado para calcular el periodo de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación privaba, en la práctica, a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión”²¹.

45. Pocos meses más tarde, el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/2013 de 14 de marzo declaró inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima del TRLGSS 1/1994, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, en cuanto al cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. Y ello por vulneración del artículo 14 de la Constitución “tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo”. Para colmar el vacío provocado por la STC 61/2013 se promulgó el Real Decreto-ley 11/2013.

46. Llama la atención que la Sala de lo Social del TSJ de Galicia planteara esta cuestión de inconstitucionalidad en el año 2003 y no se dictara sentencia hasta una década más tarde y a modo de “secuela” del caso Elbal Moreno.

47. En el Fundamento Jurídico quinto de la STC 61/2013 se analiza el valor que el Tribunal Constitucional debe conceder a esta sentencia del TJUE y que afecta a la misma normativa que es objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad enjuiciada. A diferencia de las tensiones existentes en el pasado entre los Tribunales Constitucionales alemanes e italianos y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el Tribunal Constitucional español “reconoce pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento en el art. 93 CE”. Aunque puntualizando que el Derecho de la Unión Europea “no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un Derecho Fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE (STC 41/2013, de 14 de febrero).

48. Afortunadamente no se produce un choque entre el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional porque éste último igualmente consideró que las reglas que acompañan a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el artículo 14 CE, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir” (STC 61/2013, cuya doctrina se reitera en las SSTC 71/2013 de 8 de abril, 72/2013 de 8 de abril, 116/2013 de 20 de mayo y 117/2013 de 20 de mayo)²².

²¹ J. A. MALDONADO MOLINA, “El Trabajo a Tiempo Parcial y su Impacto en el Sistema de Pensiones: especial referencia a la Pensión de Jubilación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* nº 425/2018, p. 44.

²² R. GÓMEZ GORDILLO, “Trabajo a Tiempo Parcial, Jubilación y Prohibición de Discriminación Sexual: revisión de la nor-

49. Como consecuencia de la jurisprudencia comunitaria y constitucional expuesta sobre el contrato a tiempo parcial se aprobó el Real Decreto-ley 11/2013 -convalidado por la ley 1/2014-, que modificó la Disposición Adicional Séptima en litigio (actual artículo 247 del vigente TRLGSS) y que afectó al cálculo de la vida laboral de los trabajadores a tiempo parcial.

2. Integración de lagunas de cotización

50. A pesar de los avances conseguidos en pro de la igualdad por razón de sexo en materia de Seguridad Social la litigiosidad continuó, tal y como ilustra el asunto Cachaldora Fernández²³ en el que se cuestionó la normativa española “según la cual para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no hay habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento correspondientes al número de horas contratadas en un último término”²⁴.

51. En esta ocasión es el TSJ de Galicia el que plantea la cuestión prejudicial sobre si es conforme con el artículo 4 de la Directiva 79/7 la Disposición Adicional 7ª nº 1, regla 3ª, letra b) del TRLGSS 1994 (que luego pasaría a integrar el apartado b) del artículo 248.2 del TRLGSS de 2015) que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento pero reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo.

52. Por tanto, cuando se ha trabajado a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a la interrupción de esas cotizaciones, la integración de los períodos en los que no se ha cotizado se calcula a partir de una base de cotización reducida. Mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción. De lo anterior resulta una diferencia cuantitativa en el importe de la pensión de los trabajadores que han ejercido una actividad a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a la interrupción de las cotizaciones y los trabajadores que han ejercido una actividad a tiempo completo, para los cuales la integración de esos períodos se calcula a partir de una base de cotización completa.

53. Aunque como matizan García Ninet y Burriel Rodríguez-Diodado, en realidad, “el debate de la cuestión litigiosa no se enmarca en el hecho de mediar un contrato a tiempo parcial, sino en las transiciones entre contratos a tiempo parcial e inactividad laboral”²⁵.

54. Puesto que la normativa en cuestión se aplica indistintamente a hombres y mujeres y no existe discriminación directa, el TJUE ha de pronunciarse sobre si constituye una discriminación indirecta por razón de sexo. Para el Tribunal de Justicia la norma en litigio no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en la que se produjo el hecho causante, cuando dicha interrupción es inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial. Además, el método para integrar las lagunas de los períodos sin obligación de cotizar no perjudicaba a todos los trabajadores a tiempo parcial sino que era aleatorio. A mayor abundamiento, los datos estadísticos en los que el tribunal

mativa española a la luz del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 47/2014, pp.157-179.

²³ STJUE de 14 de abril de 2015, -527/13, ECLI:EU:C:2015:215.

²⁴ F. LOUSADA AROCHENA, “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España”, Op. cit., pp.318-319.

²⁵ J.I. GARCÍA NINET Y P. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIODADO, “Integración de Lagunas y Trabajadores a Tiempo Parcial” en VV.AA., *Las Respuestas del Tribunal de Justicia a las Cuestiones Prejudiciales sobre Política Social planteadas por Órganos Jurisdiccionales Españoles*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, p. 697.

español basó sus apreciaciones “no permiten considerar que el colectivo de trabajadores perjudicados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal esté mayoritariamente compuesto por trabajadores a tiempo parcial y, más concretamente, por trabajadoras” por lo que concluye -en contra de las conclusiones del Abogado General- que dicha normativa “no puede calificarse de medida indirectamente discriminatoria en el sentido del artículo 4.1 de la Directiva 79/7”.

55. Sobre la misma Disposición Adicional Séptima sobre la que el TJUE se pronunció en el caso Cachaldora versan las sentencias del Tribunal Constitucional 156/2014, de 25 de septiembre y 110/2015, de 28 de mayo, que no apreciaron su inconstitucionalidad porque “las situaciones sometidas a comparación por el órgano judicial proponente no guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere, pues en un caso se trata de trabajadores a tiempo completo y en otro de trabajadores a tiempo parcial, y esa diferencia en la duración de la jornada laboral se relaciona, por exigencias del carácter contributivo del sistema y en estricta aplicación del principio de proporcionalidad, con diferencias en los salarios de unos y otros, y consiguientemente en las bases de cotización, y derivadamente en las bases mínimas de cotización utilizadas para la integración de las lagunas”. “

56. Esta duplicidad de pronunciamientos sobre una misma norma por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional evidencia que los tribunales españoles en caso de que consideren que la normativa de Seguridad Social puede ser discriminatoria por razón de sexo no solo tienen la alternativa de plantear una cuestión de inconstitucionalidad al amparo del artículo 14 CE, sino también elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y entre los motivos que pueden impulsar a optar por una vía u otra podemos especular que deben pesar los plazos habituales de uno y otro tribunal para dictar sentencias. Aunque también el hecho de que se pueda plantear cuestión prejudicial sin necesidad de tener que agotar las instancias internas es una vía de “puentear” al Tribunal Constitucional o incluso “anularlo”.

3. Porcentaje aplicable a la Base Reguladora

57. Otro supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo constatado por el TJUE es el caso Villar Láiz²⁶ en el que se examinó la compatibilidad de la Directiva 79/7 con el método para calcular la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial establecido en los artículos 247 y 248 del vigente TRLGSS, cuyo tenor literal no difiere de la derogada Disposición Adicional Séptima del TRLGSS 1994.

58. El TSJ de Castilla León elevó una cuestión prejudicial cuestionando la compatibilidad del artículo 4.1 de la Directiva 79/7 con la normativa española según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización, cuando se aplica a este período un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y un incremento de un coeficiente de 1,5.

59. El TJUE falló que la normativa española en litigio era contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7.

60. Apenas unos meses más tarde, la regla 3ª, letra c) de la Disposición Adicional 7ª, apartado 1 del TRLGSS 1994 -en la redacción dada por el citado Real Decreto-ley 11/2003 fue declarada inconstitucional y nula por la STC 91/2019, de 3 de julio, que estimó la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del propio Tribunal Constitucional.

²⁶ STJUE de 8 de mayo de 2019, -161/18, ECLI:EU:C:2019:382.

61. Es decir, que el TJUE en el caso Villar Láiz y la STC 91/2019 se pronuncian sobre las mismas reglas aplicativas a los trabajadores a tiempo parcial, pero contenidas en el primer caso en los artículos 247 y 248 TRLGSS 2015, y en el segundo supuesto en la Disposición Adicional Séptima del derogado TRLGSS 1994.

62. Tras la STC 91/2019, para calcular el importe de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial “no se aplicará el coeficiente de parcialidad. Y, por tanto, deberá calcularse conforme al porcentaje que resulte según establece la regla general, asimilando así ese tiempo al período de alta del trabajador²⁷”. El propio Tribunal Constitucional reconoce que su fallo esta “en línea con la alcanzada por el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 (asunto -161/18), en la que se señala que la aplicación, adicional de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo *pro rata temporis*”.

63. A la vista de lo expuesto, positivamente ha de ser valorada la reciente reforma del artículo 247 TRLGSS por obra del Real Decreto-ley 2/2023 que ahora proclama que “a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos”.

64. Por tanto, a partir del 1 de octubre de 2023, cuando la reforma del artículo 247 TRLGSS entre en vigor, se equiparán trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en cuando a períodos de cotización, con independencia de su contrato. Es decir, que si una persona trabajadora ha prestado servicios por cuenta ajena durante 10 años con una jornada del 50% no se le computarán ya 5 años cotizados sino 10 años.

65. Asimismo, el Real Decreto-ley 2/2023 ha suprimido el artículo 248.3 TRLGSS y dado nueva redacción al artículo 248.2 que ahora dice: “a efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo en los términos establecidos en los artículos 209.1 y 197.4, respectivamente”. Esta última reforma -que no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2026- supondrá inaplicar la actual regla según la cual la base de cotización a tener en cuenta para cubrir períodos sin obligación de cotizar ha de ser, de entre las aplicables en cada momento, la correspondiente al número de horas contratadas en último término.

4. Reducción de jornada por guarda legal y pensiones

66. El artículo 7.1.b) de la Directiva 79/7 atribuye a los Estados miembros la facultad de excluir del ámbito de aplicación de dicha Directiva la adquisición del derecho a prestaciones de Seguridad Social en virtud de regímenes legales después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. Ese precepto fue aplicado por el TJUE en el caso Gómez-Limón²⁸.

67. El litigio se suscitó como consecuencia de haber ejercido una trabajadora su derecho a la conciliación familiar y laboral y obtenido una reducción de jornada por cuidado de un menor que llevaba

²⁷ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA y F. ROMERO MORENO, “Sistema de Cálculo de la Pensión de Jubilación de los Trabajadores a Tiempo Parcial, Principio de Igualdad y no Discriminación por Razón de Sexo”, *Revista de Jurisprudencial Laboral* nº 4/2019, p.4.

²⁸ STJUE de 16 de julio de 2009, -537/07, ECLI:EU:C:2009:462.

aparejada una minoración proporcional de sus retribuciones lo que, a su vez, provoca una minoración de la base de cotización. Cuando a la trabajadora le fue reconocida una pensión de incapacidad permanente la misma se calculó sobre la base de las cotizaciones realmente abonadas por lo cual el importe de su pensión resultaba inferior a la que le hubiera correspondido si hubiera trabajado a tiempo completo y no a tiempo parcial.

68. Dado que la normativa nacional era aplicable tanto a hombres como a mujeres no estamos ante una discriminación directa pero no era descartable que se tratara de una discriminación indirecta pues es pacífico que son las mujeres las que mayoritariamente optan por disfrutar de una reducción de jornada para poder afrontar las cargas familiares.

69. No obstante, el TJUE falló que “el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo”. Reiterando así su doctrina de que el Derecho de la UE no se opone al cálculo de una pensión de jubilación conforme a una regla *pro rata temporis* en caso de trabajo a tiempo parcial²⁹.

70. A la vista de lo expuesto hay que concluir que la Directiva 79/7 en ningún caso obliga a los Estados miembros a conceder ventajas en materia de Seguridad Social a las personas que se hayan ocupado de sus hijos o a establecer derechos a prestaciones como consecuencia de períodos de interrupción de la actividad debidos a la educación de los hijos³⁰.

71. Sin embargo, afortunadamente, el artículo 237 del TRLGSS en su vigente redacción ha venido a remediar las adversas consecuencias que provocaba la reducción de la jornada en la futura pensión de la persona trabajadora: ahora las cotizaciones realizadas durante los tres primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de un menor se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción .

IV. Desempleo y Trabajo a Tiempo Parcial

72. La cuestión prejudicial Plaza Bravo³¹ fue planteada por el TSJ del País Vasco que dudaba de la conformidad con la Directiva 79/7 del artículo 211.3 TRLGSS 1994 (actual 270.3 TRLGSS 2015). Según la norma en litigio, para calcular el importe de la prestación por desempleo total derivada de la pérdida de un único empleo a tiempo parcial, a la cuantía máxima establecida con carácter general se le aplica un coeficiente de parcialidad que se corresponde con el porcentaje que representa la jornada a tiempo parcial respecto de la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable.

73. Como la norma en litigio se aplica tanto a hombres como mujeres no estamos ante una discriminación directa, por lo que el TJUE ha de resolver si se trata de una discriminación indirecta por razón de sexo. Y aunque en España los trabajadores a tiempo parcial son en su inmensa mayoría mujeres, el TJUE descarta la existencia de una discriminación indirecta porque “la disposición nacional controvertida en el litigio principal no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos a quienes, habida cuenta de la retribución percibida durante los últimos 180 días de ocupación cotizada, se aplican las cuantías máximas o mínimas de la prestación por desempleo. En consecuencia, los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en

²⁹ STJUE de 23 de octubre de 2003, 4/02 y 5/02, ECLI:EU:C:2003:583.

³⁰ STJUE de 13 de diciembre de 1994, -297/93, ECLI:EU:C:1994:406.

³¹ Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2015, -137/15, ECLI:EU:C:2015:771. El que el TJUE resuelva por Auto y no por sentencia encuentra su fundamento en el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

su totalidad no permiten demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres”.

74. A mayor abundamiento, para el TJUE el que “dichas cuantías máximas se ajusten *pro rata temporis*, para tener en cuenta la duración reducida de la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial en relación con la del trabajador a tiempo completo, no se puede considerar, en sí mismo, contrario al Derecho de la Unión”.

75. A la vista de las consideraciones anteriores el TJUE falló que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 “no se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una disposición nacional en virtud de la cual, para calcular el importe de la prestación por desempleo total que debe percibir un trabajador tras la pérdida de su único empleo, a tiempo parcial, se aplica al importe máximo de las prestaciones por desempleo establecido por la ley un coeficiente reductor, relativo al trabajo a tiempo parcial, correspondiente al porcentaje que representa la jornada del trabajador a tiempo parcial en relación con la de un trabajador comparable que trabaja a tiempo completo”.

76. Gala Durán, al comentar críticamente el asunto Plaza Bravo concluye que “la normativa española de Seguridad Social en materia de trabajo a tiempo parcial adolece todavía de una perspectiva de género”³².

77. Por el contrario, en el caso Espadas Recio³³ el TJUE sí consideró que la normativa española en materia de desempleo aplicable a los trabajadores a tiempo parcial (artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985) vulneraba la Directiva 79/7. La cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona.

78. El litigio principal versó sobre la exclusión de los días no trabajados para el cálculo de la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial “vertical”³⁴. Para el tribunal español estos trabajadores sufren una doble penalización al aplicársele dos veces el *principio de prorata temporis*: “el menor salario mensual por el hecho de trabajar a tiempo parcial implica una prestación por desempleo de un importe proporcionalmente inferior y, después, se reduce la duración de esta prestación, puesto que sólo se tienen en cuenta los días trabajados, mientras que el período de cotización es más amplio”.

79. La estadística es, una vez más, clave para apreciar la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo y de los datos aportados por el Juzgado de lo Social³⁵ se infiere que “todos los trabajadores a tiempo parcial vertical comprendidos en el ámbito de aplicación de la medida nacional controvertida en el litigio principal resultan perjudicados por esta medida nacional, ya que, con arreglo a ella, se reduce el período durante el cual pueden recibir una prestación por desempleo en comparación con el período reconocido a los trabajadores a tiempo parcial horizontal. Además, se ha acreditado que ningún trabajador que forme parte de este grupo puede verse favorecido por la aplicación de tal medida”.

80. El TJUE sostuvo que la normativa controvertida “no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador

³² C. GALA DURÁN, “Trabajo a Tiempo Parcial y Cálculo del Importe de las Prestaciones por Desempleo compatible con la Prohibición de discriminación por razón de sexo” en VV.AA., *Las Respuestas del Tribunal de Justicia a las Cuestiones Prejudiciales sobre Política Social planteadas por Órganos Jurisdiccionales Españoles*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, p.709.

³³ STJUE de 9 de noviembre de 2017, -98/15, ECLI:EU:C:2017:833.

³⁴ “Se considera trabajo a tiempo parcial «vertical» aquel en el que la persona que lo realiza concentra sus horas de trabajo en determinados días laborables de la semana, y «horizontal», aquel en el que la persona que lo realiza trabaja todos los días laborables de la semana”.

³⁵ “Mientras que un 70 % a 80 % de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres, existe la misma proporción en lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial horizontal. Esta información permite deducir que la medida nacional controvertida en el litigio principal perjudica a un número mucho mayor de mujeres que de hombres”.

y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo” y falló que la citada normativa se oponía al artículo 4.1 de la Directiva 79/7.

81. La reacción del legislador español tras la sentencia Espadas Recio fue modificar, mediante el Real Decreto 950/2018, la normativa litigiosa, equiparando a los trabajadores a tiempo parcial horizontal y vertical a efectos del cómputo de período de carencia³⁶.

V. (In)compatibilidad de pensiones en el mismo Régimen General de Seguridad Social

82. La STJUE de 30 de junio 2022³⁷, resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona que tiene por objeto la interpretación del artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.

83. A la demandante en el litigio principal le fue reconocida en 1999 una pensión de incapacidad permanente total como consecuencia de un infarto cerebral. En 2018 se le reconoce una segunda incapacidad permanente total derivada de un accidente no laboral. Como el tribunal español resalta, la trabajadora acredita cotizaciones suficientes para percibir las dos pensiones controvertidas pero la legislación de Seguridad Social no permite compatibilizar dos pensiones en el mismo régimen de Seguridad Social, aunque jurisprudencialmente sí se admite esa compatibilidad cuando se trata de pensiones causadas en regímenes de Seguridad Social distintos.

84. Dado que mientras el número de trabajadores y trabajadoras afiliados al Régimen General es similar, no ocurre lo mismo en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en el que el número de afiliadas es sustancialmente inferior al de afiliados, por lo que el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona se inclina por considerar que la aplicación de tal regla genera una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida por el artículo 4 de la Directiva 79/7.

85. En su sentencia de 30 de junio de 2022 el Tribunal de Justicia parte de la premisa de que la pensión controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3.1 de dicha Directiva, a saber, la invalidez y está directa y efectivamente vinculada con la protección contra ese riesgo.

86. Punto de partida es que la normativa española que impide compatibilizar dos pensiones en el mismo régimen de Seguridad Social no supone una discriminación directa (ya que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras) sino en todo caso indirecta.

87. Aunque la constatación de la existencia de esta última puede realizarse a través de datos estadísticos, no parece que estemos ante una Ciencia exacta ya que las partes e interesados que presentaron observaciones ante el Tribunal de Justicia disienten en cuanto al tipo de datos que deben tenerse en cuenta para determinar las proporciones de personas afectadas por la diferencia de trato.

88. Es por ello que, en aras de dar una respuesta útil al tribunal español, el Tribunal de Justicia en el apartado 46 de la sentencia analizada señala los tres pasos a seguir para verificar la existencia de una discriminación indirecta: “es preciso, en primer lugar, tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a dicha normativa, a saber, todos los trabajadores y trabajadoras que, en principio,

³⁶ J.L.Tortuero Plaza, “El Trabajo a Tiempo Parcial Vertical y su Influencia en la Protección por Desempleo” en VV.AA., *Las Respuestas del Tribunal de Justicia a las Cuestiones Prejudiciales sobre Política Social planteadas por Órganos Jurisdiccionales Españoles*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, 2020, p.716.

³⁷ STJUE de 30 de junio de 2022, -625/20, ECLI:EU:C:2022:508.

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”.

89. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo no comparte los argumentos esgrimidos por el Gobierno español para justificar la imposibilidad para lucrar dos pensiones en el mismo régimen “por cuanto 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”. El TJUE falla que “el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 “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”.

90. El 9 de enero de 2023 dictó sentencia el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona³⁸, fallando a favor de la trabajadora a la que reconoce el derecho a cobrar dos pensiones en el Régimen General. El tribunal español aplicó inicialmente los parámetros indicados en el apartado 46 de la STJUE de 30 de junio 2022 llegando al resultado de que “siguiendo este procedimiento, ciertamente, como sostiene el INSS, no podríamos afirmar que la norma incidiera negativamente a una proporción mayor de mujeres, resultando perjudicadas únicamente el 19,21% de las potenciales beneficiarias frente a un 29,75% de beneficiarios potenciales de dos o más pensiones de Incapacidad Permanente Total”.

91. Pero el Juzgado de lo Social no acatará estos resultados, sino que esgrimirá un nuevo criterio estadístico no invocado ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo para fundar su fallo: “a criterio de este juzgador, hay otro dato que resultaría mucho más revelador, es el de personas trabajadoras que en la actualidad están compatibilizando dos o más pensiones de Incapacidad Permanente Total. Se trata de 1.386 personas. De ellas, 1.060 son varones (el 76,47%) y 326 mujeres (el 23,52%). Son porcentajes que difieren, y en mucho, del correspondiente a personas de alta en la Seguridad Social (53,87% varones y 46,13% mujeres), y que evidencia que la actual normativa sobre compatibilidad de pensiones perjudica, y notoriamente, a las mujeres, dificultando en mayor medida su acceso a dos pensiones de Incapacidad Permanente Total compatibles, por el desequilibrio de sexos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”.

92. A título personal he de reconocer que produce perplejidad constatar que, si el hecho causante se produjo en 2018, y entre esa fecha y el momento de dictar sentencia se ha producido una devastadora pandemia, no se comprende que su posible efecto sobre las estadísticas no sea tomado en consideración por el Juzgado de lo Social. Igualmente, sostener que la legislación española resulta discriminatoria tomando como referencia una muestra inferior a 1.400 pensionistas parece cuando menos cuestionable.

93. Para cerrar este epígrafe se pueden traer a colación las palabras de la Abogada General en esta cuestión prejudicial que comienza sus Conclusiones citando una frase de Mark Twain: “hay tres

³⁸ 1 ECLI:ES:JSO:2023:2.

tipos de mentiras: las mentiras, las malditas mentiras y las estadísticas”. La cita, indica la Abogada General, “sirve para ilustrar el poder de persuasión que tienen las cifras en el ámbito de la legislación de la Unión en materia de lucha contra la discriminación y, al tiempo, para llamar a la cautela cuando un argumento se sustenta totalmente en ella”.

VI. Complemento de pensión por aportación demográfica y exclusión de los progenitores masculinos: discriminación directa por razón de sexo

94. La STJUE de 12 de diciembre de 2019³⁹ trae causa de la redacción primigenia del artículo 60 del TRLGSS⁴⁰ que incluyó un complemento de pensión⁴¹ a las mujeres que hubieran tenido hijos biológicos o adoptados y fueran beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. La norma nacía con vocación de mitigar la brecha de pensiones entre hombres y mujeres y se justificaba por la aportación demográfica de estas últimas a la Seguridad Social. Se reconocía no sólo a las madres trabajadoras sino también a quienes no habiendo nunca cotizado fueran beneficiarias de una pensión de viudedad.

95. Desde el primer momento este complemento de pensión fue objeto de críticas pues sólo se aplica a las pensiones reconocidas a partir del 1 de enero 2016⁴², excluyéndose a las madres que en las últimas décadas del S. XX sacrificaron su vida laboral por criar a sus hijos. No se reconocía a las madres de hijos únicos (incluso aunque tuvieran reconocida una discapacidad). Pueden ser beneficiarias las trabajadoras extranjeras aunque sus hijos nunca hubieran residido en España. Legalmente dicho complemento se califica de contributivo, aunque ni empresarios ni trabajadores cotizan por el mismo. En ningún caso se reconocía a los hombres que hubieran sido padres.

96. Que el complemento por aportación demográfica no se reconociera a los progenitores masculinos en la redacción originaria del artículo 60 TRLGSS provocó que el Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona planteara una cuestión prejudicial ante la demanda presentada por un pensionista de incapacidad permanente absoluta y padre de dos hijas, al que se le había denegado el complemento por ser hombre.

97. De la redacción de la cuestión prejudicial se infiere claramente que el tribunal español está cuestionando la compatibilidad de esta discriminación directa por razón de sexo con el Derecho de la Unión Europea. Pero las disposiciones legales en que funda el tribunal español la cuestión prejudicial no son aplicables al caso, como reconoce el Tribunal de Luxemburgo que recurrirá, sin invocarlo, al principio de *iura novit curia*, a efectos de proporcionar al juez español “todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce, con independencia de que haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de su cuestión”.

98. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo parte de la premisa de que el “complemento de pensión controvertido está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, por cuanto forma parte de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados en el artículo 3.1 de la citada norma: la invalidez”.

³⁹ STJUE de 12 de diciembre de 2019, 450/18, ECLI:EU:C:2019:1075.

⁴⁰ Incorporado al TRLGSS por la Disposición Final Segunda de la Ley 48/2015.

⁴¹ El complemento consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos, a partir del segundo, según la escala siguiente: En el caso de 2 hijos: 5 por ciento. En el caso de 3 hijos: 10 por ciento. En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

⁴² El auto del Tribunal Constitucional 89/2019, de 16 de julio, inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 364/2019, planteada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona por la posible vulneración de los artículos 14 y 41 CE, al establecer una diferencia en cuanto a la percepción del complemento por maternidad en función de la fecha en que se haya originado el derecho a la pensión.

99. Hay que recordar que conforme al artículo 4.2 de la Directiva 79/7, “el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”. Y el propio juez de lo Social nº 26 de Barcelona al plantear la cuestión prejudicial consideraba que “la procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional”.

100. Compartimos plenamente el punto de vista del Juzgado de lo Social, pues la realidad histórica es que aún hoy en día -pese a los avances legislativos- son las mujeres las que se ven masivamente perjudicadas en sus carreras profesionales cuando son madres, y más aún cuando hablamos de maternidad biológica: son ellas las que mayoritariamente se ven abocadas a abandonar el mercado laboral para atender a la prole o bien contentarse con contratos a tiempo parcial para conciliar vida laboral y familiar. Por ello, para cualquier mujer que es madre es aún más difícil romper “el techo de cristal”.

101. Sin embargo, la justificación legal del artículo 60 para reconocer el complemento solo a las madres era, literalmente, la aportación demográfica a la Seguridad Social de las mismas, cuando debería haberse perfilado “su regulación de manera inequívoca hacia ámbitos exclusivos de las mujeres, como es el caso del embarazo y los periodos ligados al mismo, o, en su caso, la adopción, cuando el derecho o licencia fuera disfrutada únicamente por una mujer”⁴³. Estamos, pues, ante un artículo 60 TRLGSS sin duda “bienintencionado” pero no precisamente un ejemplo de buena técnica legislativa⁴⁴.

102. Pero según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4.1. de la Directiva 79/7, solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en esa misma Directiva. Y, como señala el Tribunal de Luxemburgo, “la aportación demográfica a la Seguridad Social es predicable tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre”. Por ello el Tribunal de Justicia falló que “la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión”.

103. Especialmente crítica con esta sentencia se muestra RIVAS VALLEJO⁴⁵, cuyas tesis comparto, y que afirma que el TJUE “se sitúa en un marco social muy lejano a la corresponsabilidad en los cuidados familiares que fundamentaría la tacha de discriminación de la medida, pero escasamente realista en la aún cambiante sociedad española actual” y que el TJUE “obvia una realidad histórico-social que la norma española pretendía paliar en cierta medida, y es que los menores salarios y las mayores lagunas de cotización en las carreras profesionales son patrimonio cuasi exclusivo de las mujeres, y que en su mayor parte vienen causadas por la maternidad, identificada de manera realista con periodos que no quedan acotados a las semanas propias de descanso por maternidad (o adopción), sino a un tiempo notablemente superior de sus vidas, condicionadas por la perpetuación de los roles de género”.

⁴³ P. RIVAS VALLEJO; “La Sobreprotección por el TJUE de los Padres Cuidadores que fueron excluidos del Complemento de Maternidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2/2020, p.9.

⁴⁴ M. MIÑARRO YANINI Y CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, *Una Reinención Sistémica de la Seguridad Social: Reformas Legales y Reinterpretaciones Judiciales de Diligencia Debida para Corregir sus Brechas de Género*, Bomarzo, Albacete, 2023, p. 61.

⁴⁵ P. RIVAS VALLEJO; “La Sobreprotección por el TJUE de los Padres Cuidadores que fueron excluidos del Complemento de Maternidad”, *Op. cit.*, p.11.

1. Impacto de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 en la práctica administrativa, jurisprudencia y legislación española

104. Para la aplicación de esta STJUE la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS adoptó el 31 de enero 2020 el Criterio de gestión 1/2020. Conforme al mismo, se denegaba siempre el complemento litigioso a los varones y se les obligaba a reclamar en vía judicial, lo que motivó que el TSJ de Galicia con fecha 17 de febrero de 2022 planteara una cuestión prejudicial (asunto -113/22) relativa a la compatibilidad de tal exigencia con el artículo 4.1 de la Directiva 79/7.

105. Con fecha 21 de diciembre 2021 la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS revisó el Criterio de gestión por el Criterio 35/2021 puntualizando que dado “el carácter unitario del complemento por maternidad, que determina que los hijos darán derecho al reconocimiento de un único complemento, sólo podrá reconocerse a uno de ellos, por lo que, en aquellos casos en los que el derecho ya haya sido ejercido por uno de los progenitores, se ha de denegar al segundo progenitor que lo solicite”. En nota anexa de 2 de marzo 2022 se especifica que cuando el complemento se solicite por hombres la fecha de efectos económicos será la misma que se hubiera fijado en la resolución de reconocimiento inicial de la pensión que se deba complementar.

106. La STJUE de 12 de diciembre de 2019 dio lugar a una avalancha de demandas por parte de pensionistas varones reclamando el complemento regulado en el artículo 60 TRLGSS, provocando especialmente litigiosidad la cuestión de determinar si la fecha de efectos del reconocimiento de dicho complemento debía ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o se debía retrotraer a la fecha en que se dictó o publicó la STJUE de 12 de diciembre 2019, o a la fecha en que se reconoció la pensión a la que complementa.

107. El Tribunal Supremo⁴⁶ “resolvió reconocer el complemento sin esperar al cambio normativo y con los efectos desde la fecha de reconocimiento de las pensiones”⁴⁷ lo que ha sido calificado como “todo un dislate en el plano económico”⁴⁸.

108. La STJUE de 12 de diciembre 2019 es, asimismo, reiteradamente invocada en la sentencia del pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo⁴⁹ de 27 de febrero de 2023, aunque con deficiente rigor técnico: hasta en tres ocasiones se invoca en sus Fundamentos de Derecho a la “STJUE de 12 de septiembre de 2019 (asunto C-45/18)” cuando la referencia correcta es: STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18). El Tribunal Supremo afirma que “si la finalidad de la norma es la de reconocer esa aportación demográfica, no parece razonable extender el derecho a los dolorosos supuestos en los que el feto ha nacido muerto y no se cumple esa función de incremento demográfico”. Pero olvida la Sala IV que el artículo 60 TRLGSS también era aplicable a las trabajadoras extranjeras cuyos hijos, en la inmensa mayoría de los casos ni residen ni nunca han residido en España. Por tanto, si el requisito de la aportación demográfica al sistema de Seguridad Social español era inexigible cuando de pensionista extranjeras se trata, igualmente podría excepcionarse en el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo⁵⁰.

109. En otro orden de ideas, la STJUE de 12 de diciembre de 2019 es un claro exponente de la importancia de plantear cuestiones prejudiciales porque una única sentencia puede actuar como re-

⁴⁶ STS de 17 de febrero 2022, ECLI:ES:TS:2022:621, y STS de 17 de febrero 2022, ECLI:ES:TS:2022:622.

⁴⁷ F. LOUSADA AROCHENA, “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España”, Op. cit., p.324.

⁴⁸ M. MIÑARRO YANINI y C. MOLINA NAVARRETE, *Una Reinención Sistemática d la Seguridad Social: Reformas Legales y Reinterpretaciones Judiciales de Diligencia debida para corregir sus Brechas de Género*, Op. cit., p.59.

⁴⁹ ECLI:ES:TS:2023:748.

⁵⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2023 cuenta con el voto particular de la Magistrada ROSA MARÍA VIROLÉS PIÑOL: “estimo que la conclusión debió ser en el presente caso favorable a la concesión del complemento interesado por la demandante por este hijo, porque la perspectiva de género refuerza esta conclusión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la maternidad”.

vulsivo de reformas legislativas a nivel nacional, tal y como ocurrió en España: el 4 de febrero 2021 se reformó el artículo 60 TRLGSS⁵¹ y, actualmente el complemento de pensión puede ser reconocido tanto a mujeres como a hombres. La regulación del nuevo complemento presenta diferencias con respecto al anterior complemento por maternidad ya que se basa en parámetros diferentes para su reconocimiento. De hecho, se ha dado nueva rúbrica al citado artículo 60 TRLGSS que pasa a titularse complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. En 2023 el citado artículo 60 TRLGSS ha vuelto a ser reformado por el Real Decreto-ley 2/2023 que añade un apartado séptimo y modifica el 60.1. Asimismo, la Disposición Transitoria Primera de este Real Decreto-ley 2/2023 determina que el importe del complemento de brecha de género establecido en el artículo 60 del TRLGSS tendrá un incremento adicional a la revalorización anual (el 10 por ciento en el bienio 2024-2025), que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

VII. Inaplicación de la Directiva 79/7 a trabajadores del mismo sexo

110. En su redacción original, el complemento de pensión por aportación demográfica regulado en el artículo 60 del TRLGSS no se reconocía a las pensionistas de jubilación voluntaria anticipada. Los requisitos para acceder a esta prestación vienen regulados en el artículo 208.1 TRLGSS.

111. Respecto a dicha exclusión, en 2018 el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Barcelona.

112. Sin embargo, tras publicarse la STJUE de 12 de diciembre 2019, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona planteó una nueva cuestión prejudicial -resuelta por la STJUE el 12 de mayo de 2021⁵²- relativa a si la exclusión de las pensionistas de jubilación voluntaria anticipada del complemento a pensión del artículo 60 TRLGSS constituía una discriminación indirecta contraria a la Directiva 79/7.

113. El TJUE sostuvo que el “el concepto de discriminación por razón de sexo” que figura en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 solo puede referirse a los casos de discriminación entre trabajadores de sexo masculino, por una parte, y trabajadoras de sexo femenino, por otra”. Y, consecuentemente, falló que “la Directiva 79/7 no es de aplicación a una normativa nacional que establece un complemento de pensión por maternidad en favor de las mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados, y lo hace en los casos de jubilación en la edad ordinaria prevista o de jubilación anticipada por determinados motivos establecidos por ley, pero no en los casos de jubilación anticipada por voluntad de la interesada”.

114. Aunque sin duda la sentencia citada es escrupulosamente fiel a la literalidad de la Directiva 79/7, los grandes cambios experimentados por la sociedad europea en las últimas décadas podrían suscitar dudas sobre la aplicabilidad de la citada Directiva en supuestos de personas de género no binario o que hubieran llevado a cabo un cambio de sexo ante el Registro Civil sin tratamientos médicos ni intervenciones quirúrgicas previas. Partiendo de la base de que la Directiva 79/7 sí es aplicable a las discriminaciones “que tienen lugar como consecuencia del cambio de sexo” (SSTJUE de 27 de abril de 2006⁵³ y de 26 de junio de 2018⁵⁴) cuando, como en el ordenamiento español, una persona puede alterar su sexo registralmente a voluntad, y cuántas veces lo desee, es obvio que podrían producirse fraudes de ley a fin de esquivar la inaplicabilidad de la Directiva 79/7 a los supuestos de discriminación entre personas del mismo sexo.

⁵¹ Artículo 60 redactado por el apartado uno del artículo 1 del Real Decreto-ley 3/2021.

⁵² STJUE de 12 de mayo de 2021, 130/20, ECLI:EU:C:2021:381.

⁵³ STJUE de 27 de abril de 2006, 423/04, EU:C:2006:256.

⁵⁴ STJUE de 26 de junio de 2018, -451/16, ECLI:EU:C:2018:492.

VIII. Empleadas de hogar y protección por desempleo

115. La STJUE de 24 de febrero 2022⁵⁵ ilustra perfectamente la importancia de plantear cuestiones prejudiciales ya que una única sentencia, como en esta ocasión, puede ser un revulsivo y motor de reformas legislativas en los Estados miembros.

116. El Gobierno y la TGSS alegaron que se trataba de un litigio artificioso. Pero más que artificial se podría calificar como un supuesto *sui generis* ya que la cuestión prejudicial no la planteó un tribunal del orden social sino el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo. Además, el promotor de la cuestión prejudicial fue el abogado Javier de Cominges - extremo éste que no se indica obviamente en la sentencia, pero del que se hizo eco la prensa- que además es profesor asociado en la Universidad de Vigo donde imparte la asignatura de “Igualdad y Mercado Laboral”. No es por ello difícil de imaginarlo explicando a sus estudiantes la Directiva 79/7 y defender en el aula que la exclusión de las empleadas de hogar de la protección por desempleo infringía la citada norma.

117. El Tribunal de Justicia constata que la prestación por desempleo está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7. Resulta pacífico entre las partes del litigio principal que el colectivo trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar está integrado casi exclusivamente por personas de sexo femenino.

118. No estamos ante una discriminación directamente basada en el sexo puesto que la exclusión de la protección por desempleo se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras. Pero la exclusión de la protección por desempleo afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo.

119. El Gobierno español y la TGSS alegaron que la decisión de política legislativa de excluir de la protección contra el desempleo a los empleados de hogar está ligada a las peculiaridades de este sector profesional. Y que el incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia de desempleo podría traducirse en una disminución de las tasas de empleo en este sector laboral, en forma de reducción de las nuevas contrataciones y de extinción de contratos, así como en situaciones de trabajo ilegal y de fraude a la Seguridad Social, y, en consecuencia, podría dar lugar a una reducción de la protección de los empleados de hogar.

120. Pero para el TJUE la opción legislativa de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo concedidas por el Régimen General de Seguridad Social español no parece aplicarse de manera coherente y sistemática en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar. Teniendo, además, en cuenta que la exclusión de la cotización por desempleo conlleva la imposibilidad de acceder a otras prestaciones de Seguridad Social.

121. Consecuentemente, el TJUE falla que “el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de Seguridad Social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de Seguridad Social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

122. Sin discrepar del fallo de la sentencia analizada, al menos si cuestionar los cambios de criterio del TJUE porque en el caso de las limpiadoras Sras. Megner y Scheffel cuyo horario normal de trabajo era de dos horas como máximo por día laborable, cinco días a la semana y que, conforme a

⁵⁵ STJUE de 24 de febrero 2022, -389/20, ECLI:EU:C:2022:120.

la legislación alemana quedaban excluidas por tal motivo de la afiliación obligatoria a los regímenes generales del seguro de enfermedad, vejez y desempleo el TJUE concluyó que no era una discriminación por razón de sexo contraria a la Directiva 79/7 “aunque dichas disposiciones afecten a muchas más mujeres que a hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón del sexo”⁵⁶.

123. Para concluir este apartado señalar que como reacción a la STJUE de 22 de febrero 2022 el Gobierno promulgó el Real Decreto-ley 16/2022 que regula en su artículo tercero la protección por desempleo para este colectivo. A partir del 1 de octubre de 2022 es obligatoria la cotización por la contingencia de desempleo y al Fondo de Garantía Salarial respecto a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial de empleados de hogar.

124. Sin embargo, el Real Decreto-ley 16/2022 “no resuelve que ocurrirá con las empleada de hogar que entren en situación legal de desempleo antes de haber conseguido la carencia necesaria a pesar de haber trabajado antes del 1 de octubre de 2022 el tiempo necesario para alcanzar esa carencia”⁵⁷. Tampoco altera la situación de los trabajadores transfronterizos que cotizando en España residan en un Estado que no es miembro de la UE.

1. Empleadas de hogar transfronterizas

125. El Real Decreto-ley 16/2022 no contiene previsiones específicas para los trabajadores transfronterizos⁵⁸ lo que abre un nuevo debate jurídico, del que se han hecho eco los medios de comunicación al poner en evidencia que las empleadas de hogar transfronterizas marroquíes que trabajan en Ceuta y Melilla no podrán cobrar la prestación en Marruecos.

126. Durante la vigencia del anterior Reglamento de Extranjería -el derogado Real Decreto 2393/2004-, su disposición adicional 13^a expresamente excluía a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo⁵⁹. El vigente Reglamento de Extranjería -Real Decreto 557/2011- puso fin a la exclusión de los trabajadores transfronterizos de la obligación de cotizar por desempleo. Pero tanto en el nivel contributivo como asistencial por desempleo la residencia en España es un requisito necesario para el mantenimiento del derecho a la percepción de la prestación económica. En efecto, el artículo 272.1.f.g) del TRLGSS prevé como causa de extinción el traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 271.1 del mismo cuerpo legal.

⁵⁶ STJUE de 14 de diciembre de 1995, -444/93, ECLI:EU:C:1995:442). El Gobierno alemán alegó que “hay una demanda social de empleos menores y que estima necesario satisfacer dicha demanda en el marco de su política social fomentando la existencia y la oferta de dichos empleos, y que el único medio de hacerlo en el marco estructural del sistema de Seguridad Social alemán es la exclusión de los empleos menores del seguro obligatorio. Además, según el Gobierno alemán, los empleos suprimidos no serían reemplazados por empleos a tiempo completo o a tiempo parcial sujetos al seguro obligatorio. Al contrario, habría un aumento de empleos ilegales (el llamado trabajo negro) y un incremento de las maniobras elusivas (por ejemplo, de falsos autónomos).

⁵⁷ F. LOUSADA AROCHENA, “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España”, Op. cit., p.322.

⁵⁸ Trabajador transfronterizo es el que ha sido autorizado “para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente” (artículo 182 del Real Decreto 557/2011).

⁵⁹ Para comprender esta exclusión hay que tener en cuenta que en España antes de la Orden de 4 de octubre de 1979 los trabajadores transfronterizos sólo gozaban de protección frente a los riesgos profesionales. A partir de esa fecha fueron incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General con los mismos derechos que el resto de los trabajadores protegidos, excepción hecha de la prestación por desempleo. Esta diferencia se justificaba por la propia normativa española que contemplaba como causa de extinción del derecho el traslado de la residencia al extranjero.

127. Al margen de las disposiciones nacionales sobre cuándo se extingan o suspendan las prestaciones por desempleo por trasladarse el beneficiario de las mismas al extranjero, hay que tener presente siempre la primacía del Derecho de la Unión Europea. Y hacer hincapié en que todas las prestaciones españolas de desempleo -contributivas y asistenciales- son prestaciones exportables conforme al Reglamento 883/2004 (y también la prestación por cese de actividad). Consecuentemente, los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo podrán exportar la prestación reconocida cuando se trasladen a otro Estado donde se aplique el citado Reglamento en busca de trabajo y durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004) siempre y cuando estén incluidos en el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

128. Por otro lado, la eventualidad de que se cotice sin derecho a prestación por desempleo no es ni mucho menos exclusiva de los empleados de hogar, sino que la imposibilidad de exportar la prestación por desempleo (y por cese de actividad), afecta a todos los trabajadores transfronterizos sea cual sea el sector de producción en el que trabajen por el hecho de que conforme al TRLGSS estas prestaciones no son exportables.

129. En ningún caso estamos ante un debate novedoso, sino que hace años ya se advirtió que podría existir obligación de cotizar por desempleo en España sin que ello generase un ulterior derecho a cobrar prestaciones por dicha contingencia en su país de residencia cuando este fuera un Estado en el que no se aplicara el Derecho de la Unión Europea⁶⁰. Y es que los transfronterizos con residencia en Portugal y Francia sí podrían cobrar prestación por desempleo española, pero al amparo del Reglamento 883/2004 o del Reglamento 1231/2010. Reglamentos estos últimos cuyo ámbito de aplicación se circunscribe al territorio en el que el Derecho de la Unión Europea es aplicable.

130. A mayor abundamiento, respecto de Andorra, el vigente Convenio de Seguridad Social que entró en vigor el 1 de enero de 2003 no incluye en su ámbito de aplicación material las prestaciones por desempleo. Lo mismo es predicable del Convenio bilateral Hispano-Marroquí de 8 de noviembre de 1979. Tampoco el derecho a exportar prestaciones por desempleo está amparado por el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y el reino de Marruecos (2000), que ni permite la totalización respecto a las prestaciones por desempleo ni tampoco su exportación.

131. Por lo que se refiere al Reino Unido, a partir del 1 de enero 2021 se aplicará el Reglamento 883/2004 a aquellas personas que, a 31 de diciembre de 2020, se encontraran en una situación transfronteriza UE-Reino Unido, en virtud del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea del Energía Atómica, de 31 de enero de 2020.

132. Para las situaciones que se produzcan a partir del 1 de enero de 2021 se aplicará el Protocolo sobre coordinación de Seguridad Social del Acuerdo sobre Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por un lado, y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otro.

IX. Sostenibilidad financiera de las pensiones y objetivos legítimos de política social como justificación de la inaplicación de la Directiva 79/7 pero no del Reglamento 883/2004

133. El derecho a la no discriminación por razón de sexo no tiene carácter absoluto. Es reiterada jurisprudencia del TJUE que el artículo 4.1. del artículo 4 de la Directiva se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra perjudique a un porcentaje muy superior

⁶⁰ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, "Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable" en: E. RÓALES PANIAGUA (Coord.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social* (II), Laborum, Murcia, 2014, pp. 89-94.

de mujeres frente a hombres, salvo que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón del sexo.

134. Pero, además de estar justificada, tiene que ser adecuada para garantizar la realización del objetivo legítimo que persigue y no exceder de lo que es necesario para alcanzarlo, entendiéndose que solo se cumplen estas exigencias si responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática⁶¹.

135. ¿Puede justificarse una diferencia de trato en perjuicio de uno de los sexos por razones de índole presupuestario? En principio la respuesta ha de ser negativa⁶² y el “planteamiento que subyace a dicha reflexión es claro: la construcción económica de la Unión no puede realizarse a costa de los Derechos Fundamentales de sus ciudadanos”⁶³.

136. Sin embargo, también esa regla general admite una excepción cuando se trata de asegurar la financiación sostenible⁶⁴ de las pensiones de jubilación, que pueden, en cambio, considerarse, habida cuenta del amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, objetivos legítimos de política social que son ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

137. Para ilustrar lo anteriormente expuesto un magnífico ejemplo es la STJUE de 21 de enero 2021⁶⁵ que trae causa de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña ante la que se interpuso recurso contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona.

138. El citado Juzgado de lo Social había estimado la demanda presentada por una empleada de hogar en solicitud de pensión de jubilación anticipada sin cumplir uno de los requisitos exigidos por el artículo 208.1.c) TRLGSS: que “una vez acreditados los requisitos generales y específicos, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada”. El Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona falló que dicha disposición del TRLGSS constituía “una discriminación indirecta hacia las mujeres contraria a la Directiva 79/7, ya que el sector de los empleados del hogar está integrado mayoritariamente por mujeres y un trabajador perteneciente a este sector, aunque acredite 44 años y medio de cotización en el régimen especial, no tendrá derecho a una pensión cuyo importe le permita solicitar y obtener una pensión de jubilación anticipada”.

139. Postura no compartida por el Tribunal de Justicia Luxemburgo que dictaminó que “la Directiva 79/7 no se opone a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la Seguridad Social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores siempre que esta consecuencia quede justificada no obstante por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier

⁶¹ SSTJUE de 24 de febrero de 1994, -343/92, ECLI:EU:C:1994:71 y de 14 de diciembre de 1995, -317/93, ECLI:EU:C:1995:438.

⁶² STJUE de 24 de septiembre de 2020, 223/19, EU:C:2020:753.

⁶³ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Jubilación Anticipada de Mujeres con Pensión Inferior a la Mínima”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 2/2021, p.207: ya en la “STJUE de 6 de abril de 2000, asunto C-226/98, ECLI:EU:C:2000:191, se señalaba que la seguridad presupuestaria no podía amparar la adopción de una medida que perjudicase a un mayor número de mujeres que de hombres”.

⁶⁴ Es criticable que el TJUE solo atienda al plano estrictamente económico, cuando sostenibilidad social, sostenibilidad jurídica y sostenibilidad financiera de las pensiones son caras de un mismo prisma, todas imprescindibles para el mantenimiento del sistema nacional de protección social, piedra angular en la configuración constitucional de España como Estado Social y Democrático de Derecho.

⁶⁵ STJUE de 21 de enero 2021, -843/19, ECLI:EU:C:2021:55.

discriminación por razón de sexo”. En concreto, la denegación de la pensión voluntaria anticipada a quienes no alcancen el importe de la pensión mínima se justifica por el incremento del gasto para las arcas públicas que supondría, en tales casos, tener que abonar además un complemento a la pensión para alcanzar el importe de la pensión mínima que anualmente se fije. Y ello provoca que serán fundamentalmente las mujeres quienes “se verán obligadas a trabajar más años (y por prestaciones más reducidas). De este modo, se asegura la estabilidad financiera a costa de los derechos de la mitad de la población”⁶⁶.

140. Sin embargo, ese mismo argumento no puede ser esgrimido cuando la discriminación vulnera el derecho a la libre circulación de trabajadores, tal y como se infiere de la STJUE de 5 de diciembre de 2019⁶⁷. El TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia también sobre el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada⁶⁸ de trabajadores que habían ejercido su derecho a la libre circulación y tenían derecho a pensión de jubilación alemana⁶⁹ pero que no cumplían el requisito exigido por el artículo 208.1.c) TRLGSS: que la pensión (española) a percibir sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. Es decir, la norma nacional en discusión es exactamente la misma que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE 21 de enero 2021.

141. Pero en la STJUE de 5 de diciembre de 2019, donde la Directiva 79/7 no era aplicable, el Tribunal de Justicia afirmó que “el principio de igualdad de trato, tal como está formulado en el artículo 4 del Reglamento 883/2004, prohíbe no solo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de Seguridad Social, sino también toda forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, desemboque de hecho en el mismo resultado. En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos del Derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso los que puedan perjudicar de manera particular a estos últimos”⁷⁰.

142. La posible explicación de que se apliquen diferentes parámetros en casos de discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social y en supuestos de discriminación por razón de nacionalidad de trabajadores migrantes es que el derecho a la libre circulación de trabajadores, actualmente regulado en el artículo 45 TFUE- es una de las cuatro libertades fundamentales para la instauración de un mercado común, junto con la libre circulación de capitales, servicios y mercancías-. A mayor abundamiento, este Derecho ha formado parte del Derecho originario desde un primer momento. El artículo 48 del Tratado impide que, excepto en los casos expresamente contemplados en su apartado 3, “los Estados puedan exceptuar la igualdad de trato o la identidad de protección perseguida por el Tratado entre todos los trabajadores de la Comunidad, estableciendo indirectamente, en beneficio únicamente de los residentes nacionales, una discriminación”.

⁶⁶ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Jubilación Anticipada de Mujeres con Pensión Inferior a la Mínima”, Op. cit., p.208.

⁶⁷ STJUE de 5 de diciembre de 2019, 398/18 y 428/18, ECLI:EU:C:2019:1050.

⁶⁸ En concreto, la duda se planteaba sobre si, a efectos de determinar el derecho a una pensión de jubilación voluntaria anticipada, la pensión a la que un trabajador que haya ejercido de su derecho a la libre circulación tiene derecho en otro Estado miembro ha de tomarse en consideración a efectos de cumplir el requisito exigido por el artículo 208.1.c) TRLGSS: que el importe de la pensión a percibir sea superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad.

⁶⁹ La tesis defendida por el INSS y el Juzgado de lo Social era considerar la pensión real a cargo exclusivo del sistema español de Seguridad Social. El TSJ consideraba que tenía que ser la “pensión teórica” resultante de la aplicación de las reglas sobre totalización de periodos de cotización -art. 52.1.b) Reglamento 883/2004-. La solución de la STJUE fue aplicar el principio de asimilación (art. 5.a) Reglamento 883/2004) y considerar que debía sumarse la cuantía de la pensión o pensiones percibidas a cargo de cualquier Estado miembro a la solicitada de forma anticipada al sistema español (art. 5.a) Reglamento 883/2004). Cfr. A. VICENTE PALACIO, “Jubilación Anticipada Voluntaria y Libertad de Circulación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 2/2020, p. 8.

⁷⁰ STJUE de 22 de junio de 2011, 399/09, ECLI:EU:C:2011:415.

143. Cabría concluir pues, que las causas objetivas que pueden justificar no apreciar la existencia de una discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social al amparo de la Directiva 79/7 no pueden invocarse si lo que se dilucida es una discriminación por razón de la nacionalidad que vulnere el derecho a la libre circulación de trabajadores. Por tanto, habría que concluir que el principio de no discriminación se aplica de manera diferente en el ámbito de la armonización que en el área de la coordinación de sistemas de Seguridad Social y ello no es sino el resultado de que el Pilar Económico siempre ha ido por delante del Pilar Social, ya se trate de la Comunidad Económica Europea o de la actual Unión Europea.

X. Conclusiones

144. El 19 de diciembre de 1978 se adoptó la Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Esta Directiva es anterior en el tiempo a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, anterior al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado de la Unión Europea. Sin olvidar que cuando esta Directiva se adoptó estaba en vigor el Tratado de la Comunidad Económica Europea, que únicamente dedicaba un artículo a la igualdad entre hombres y mujeres y limitado al ámbito salarial: el artículo 119.

145. La Directiva 79/7 no encuentra su fundamento en ese artículo 119 sino en el 235 del Tratado de la Comunidad Europea, que ninguna relación guarda con la igualdad por razón de sexo. Son estas razones las que justifican que no puedan aplicarse los artículos que actualmente proclaman el derecho a la no discriminación en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a disposiciones de Derecho derivado que ni se fundan ni desarrollan dichos artículos, como es el caso de la Directiva 79/7 que, dicho sea de paso, no ha sido objeto de reforma hasta la fecha.

146. Aunque en 1995 la Comisión Europea constató la correcta aplicación de la Directiva 79/7 en España, desde el año 2012 hasta la fecha se ha producido una avalancha de cuestiones prejudiciales procedentes de tribunales españoles en las que se cuestionaba la conformidad de algunas disposiciones de la legislación española de Seguridad Social con la Directiva 79/7.

147. Salvo un caso de discriminación directa por razón de sexo (complemento por pensiones regulado en el artículo 60 TRLGSS), en todos los restantes asuntos planteados por los tribunales españoles el TJUE ha tenido que pronunciarse sobre la existencia de posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo y para su constatación un elemento clave para el TJUE han sido los datos estadísticos.

148. Puesto que las estadísticas pueden conducir a resultados muy diferentes según como se utilicen las cifras, el TJUE ha establecido las siguientes pautas para determinar si se produce una situación de discriminación indirecta por razón de sexo con base en datos estadísticos: “en primer lugar, hay que tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a dicha normativa. 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”.

149. Pero una diferencia de trato por razón de sexo, según reiterada jurisprudencia del TJUE, podría estar justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo si la norma en cuestión 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. La carga de la prueba de que concurren estos últimos requisitos corresponde al Estado miembro, en su calidad de autor de la norma presuntamente discriminatoria.

150. Respecto a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles llama la atención que casi todas ellas proceden geográficamente de dos Comunidades Autónomas: Cataluña y Galicia. Asimismo, la mayoría de estas cuestiones son atinentes a la normativa de Seguridad Social aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, que es un colectivo indudablemente “feminizado” y el que más conflictividad ha generado.

151. En materia de discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social observamos que no es infrecuente la duplicidad de pronunciamientos sobre una misma disposición por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional. Y es que los tribunales españoles en caso de que consideren que la normativa de Seguridad Social puede ser discriminatoria por razón de sexo no solo tienen la alternativa de plantear una cuestión de inconstitucionalidad al amparo del artículo 14 CE, sino también plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE. Y entre los motivos que pueden impulsar a optar por una vía u otra podemos especular que deben pesar los plazos habituales de uno y otro tribunal para dictar sentencia.

152. El que se pueda plantear cuestión prejudicial sin necesidad de tener que agotar las instancias internas es, también una vía de “puentear” al Tribunal Constitucional o incluso “anularlo” si se diera el caso de que el fallo de ambos tribunales fuera opuesto.

153. En cualquier caso, es innegable el impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 79/7 en España, no solo en el ámbito de la jurisprudencia y práctica administrativa nacional sino incluso a nivel legislativo puesto que algunas de las sentencias analizadas en este trabajo han conllevado reformas legislativas de calado en la legislación española de Seguridad Social.