

## **A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 30 DE JUNIO DE 2022 RECAÍDA EN EL ASUNTO C- 625/20, KM CONTRA EL INSS**

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Por el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, se planteó cuestión prejudicial en el marco de un proceso de seguridad social que tenía por pretensión el reconocimiento de la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente total (en adelante IPT) en el Régimen General (en adelante RG) generadas de forma sucesiva.

Así, el INSS había reconocido a la actora una pensión IPT en el RG para la profesión de auxiliar administrativo, derivada de enfermedad común. Una vez reconocida la pensión, la actora comenzó a prestar servicios en profesión distinta en el RG, sufriendo un accidente no laboral, que dio lugar a una segunda declaración de IPT en el RG derivada de accidente no laboral, no necesitando para causar esta pensión las cotizaciones tenidas en cuenta para reconocer la pensión anteriormente concedida. El INSS reconoció ambas pensiones, pero las declaró incompatibles conforme a lo establecido en el artículo 163 LGSS, otorgando el derecho de opción por una u otra.

El Juzgado de lo Social plantea la existencia de una eventual discriminación indirecta por razón de género, prohibida por el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, al entender que el artículo 163 LGSS que determina el principio de incompatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente en el RG, aunque aparentemente sea una norma neutra, sus efectos pueden tener mayor incidencia negativa sobre las mujeres.

Así el Juez a quo considera que mientras que la distribución de los afiliados al RG de la Seguridad Social entre hombres y mujeres está bastante equilibrada, estas últimas solo representan el 36,15 % de los afiliados al RETA, lo que viene provocado por la mayor dificultad de las mujeres para el emprendimiento autónomo. En consecuencia, dado que la acumulación de prestaciones solo es posible para las prestaciones reconocidas en virtud de regímenes diferentes, y la protección de hombres afiliados al RETA sería claramente superior a la de las mujeres, dicha acumulación sería más fácil de obtener para los hombres que para las mujeres.

El Juez a quo, plantea al TJUE dos preguntas:

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

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

La sentencia del TJUE de 30.5.2022 declara: *“El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la Seguridad Social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de datos de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que la misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.*

Dada la respuesta dada a la primera pregunta el TJUE indica que no procede dar respuesta a la segunda pregunta.

La sentencia no da una respuesta definitiva a las preguntas efectuadas, sino que ofrece una respuesta condicionada a una serie de circunstancias que deben ser constatados por el Juez a quo. De esta manera, el TJUE encomienda al Juzgado nacional, que en primer lugar determine en base a datos pertinentes si se produce discriminación indirecta si se comprueba que disfrutan de la acumulación de pensiones IPT una proporción significativamente mayor de trabajadores que de trabajadoras, afirmando en su fundamentación jurídica que los datos sobre los que inicialmente se sustentaba la pregunta no eran adecuados. En segundo lugar, para el caso de que exista desproporción se encomienda al Juez a quo que verifique, si la referida normativa está justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

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

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

El TJUE propone como método adecuado el siguiente:

1º) Tomar en consideración el conjunto de los trabajadores sujetos a dicha normativa, a saber, tomar en consideración el número de trabajadores y trabajadoras del RG y del RETA que en principio pudieran tener derecho a dos pensiones con abstracción de la eventual incompatibilidad.

2º) Entre el conjunto de trabajadores/as así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se permite acumular dichas pensiones respecto de los trabajadores que pueden llevar a cabo dicha acumulación y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a mujeres.

3º) 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.

En segundo lugar, si se considera que existe una desproporción significativa, el TJUE encomienda al Juez a quo, hacer el ejercicio de comprobar si existen razones objetivas, no discriminatorias, que justifiquen el trato diferenciado. En este sentido apunta las siguientes ideas:

a) Constituye un objetivo legítimo asegurar la financiación sostenible del sistema, y evitar que la acumulación de pensiones dé lugar a que se conceda a los interesados un importe global superior a la pérdida de ingresos que esas pensiones supuestamente compensan.

b) 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 cuando el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos periodos cotizados.

c) Sin perjuicio de lo que el Tribunal competente, en lo referido al objetivo de la preservación de la sostenibilidad del sistema, la normativa cuestionada no se aplica de manera coherente y sistemática.

Pues bien, si el Juez a quo aplicando el método ofrecido por el TJUE llega a la conclusión de que existe una desproporción de mujeres en situación de desventaja, y que por otro lado, no existe razón objetiva que justifique la norma que provoca la diferencia, en una primera instancia la Administración debería proceder a restablecer a las personas en esta situación peyorativa, es decir, se debería reconocer el derecho a la compatibilidad en el disfrute de pensiones de incapacidad permanente total en un mismo régimen causadas de forma sucesiva, siempre que para causar la segunda pensión o sucesivas pensiones, o para determinar sus cuantías no se hayan tenido en cuenta las cotizaciones que fueron consideradas para el reconocimiento o cálculo de la primera pensión.

En una segunda instancia, debería procederse a una reforma legal sobre la cuestión. A este respecto, considero que dicha reforma se debe dirigir en el sentido de equiparar el régimen jurídico de la pluriactividad con el del pluriempleo, y aplicar el principio de pensión única en el sistema, camino que por otro lado ya ha sido iniciado.

En efecto, por un lado, se está produciendo una importante aproximación de la acción protectora entre el RG y el RETA y se está culminando en el seno del diálogo social un acuerdo en orden a que progresivamente la determinación de la cotización en el RETA se aproxime a la fórmula de concreción establecida en el RG, es decir se determine sobre los ingresos del trabajador.

Por otro lado, progresivamente se están implementando medidas de colaboración entre los distintos regímenes que recuerdan a las técnicas aplicadas en los casos de pluriempleo y así, se contemplan en los casos de pluriactividad el cómputo recíproco de cotizaciones entre distintos regímenes para causar o perfeccionar una prestación (artículo 9.2 LGSS y RD 691/1991, de 12 de abril), la acumulación de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes para la determinación de la base reguladora en uno de los regímenes, eso sí, con la limitación de la base máxima (artículo 49 LGSS), o el establecimiento de reglas específicas de cotización en los casos de pluriactividad, como la devolución del 50 % del exceso de las cotizaciones abonadas en el RETA cuando la suma de las cotizaciones del RG y del RETA excedan del límite de la base máxima, o modular las bases de cotización por debajo de la base mínima en el RETA cuando se den ciertos supuestos de pluriactividad (artículo 313 LGSS9).

A mi juicio, llegar a la aplicación del principio de pensión única en el sistema de Seguridad Social daría coherencia a un ordenamiento jurídico confuso, y simplificaría la gestión y control de las pensiones y por otro lado no limitaría derechos.