



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL  
SRA. LAILA MEDINA  
presentadas el 24 de febrero de 2022<sup>1</sup>

**Asunto C-625/20**

**KM**

**contra**

**Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)**

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona)

«Procedimiento prejudicial — Política social — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social — Directiva 79/7/CEE — Artículo 4, apartado 1 — Cálculo de las prestaciones — Denegación de dos prestaciones de incapacidad permanente en el mismo régimen de seguridad social — Concesión de dos o más prestaciones de incapacidad causadas en distintos regímenes de seguridad social — Elementos de comparación pertinentes»

1. Según la célebre cita atribuida a Mark Twain, «hay tres tipos de mentiras: las mentiras, las malditas mentiras y las estadísticas». <sup>2</sup> La cita 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 ellas. Por un lado, los números y los datos estadísticos tienen un papel destacado a la hora de establecer la existencia de discriminación indirecta, ya que quien alega sufrirla puede tener que probar que al grupo de personas del que forma parte se lo sitúa en una situación de desventaja particular en comparación con otro grupo. Por otro lado, el recurso a los números y las estadísticas puede resultar problemático para acreditar la existencia de discriminación indirecta, dado que el resultado puede variar en función del grupo de referencia que se utilice para realizar la comparación. Tal como lo expresó, de manera elocuente, un autor, «la discriminación no es un fenómeno estático», «es cambiante, se adapta a las nuevas circunstancias; cuando se la ataca, se vuelve sutil, incluso escurridiza». <sup>3</sup> Es, por tanto, de suma importancia identificar esos grupos de forma específica y precisa.

2. El litigio principal enfrenta a KM, una trabajadora, con el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en relación con la denegación del reconocimiento de dos prestaciones de incapacidad laboral sucesivas en el mismo régimen de seguridad social.

<sup>1</sup> Lengua original: inglés.

<sup>2</sup> Twain, M., «Chapters from My Autobiography — XX», *North American Review*, n.º 618, de 5 de julio de 1907. Parece, no obstante, que la autoría de la cita se atribuye a otras muchas personas.

<sup>3</sup> Khaitan, T., «Indirect discrimination», en Lippert-Rasmussen, K. (ed.), *Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Routledge, Abingdon, 2017. Consultado el 1 de febrero de 2022, Routledge Handbooks Online.

3. Más concretamente, mediante la presente petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente, el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona, solicita al Tribunal de Justicia orientación sobre qué proporción en concreto de personas debe tomarse en consideración para determinar si la normativa nacional controvertida establece una discriminación indirecta por razón de sexo y género. El órgano jurisdiccional remitente señala que, del total de los trabajadores afiliados al Régimen General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, «RGSS»), el 48,09 % son mujeres, porcentaje que desciende al 36,15 % en el caso del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en lo sucesivo, «RETA»).<sup>4</sup> Por lo tanto, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, las mujeres tienen menos probabilidades que los hombres de compatibilizar las prestaciones de estos dos regímenes.

4. En consecuencia, se pide al Tribunal de Justicia que dilucide si las mujeres sufren una discriminación indirecta por razón de sexo y género en el sistema español de la seguridad social, que permite conceder dos prestaciones ganadas en distintos regímenes de seguridad social, mientras que prohíbe percibir dos prestaciones causadas en el mismo régimen aunque se cumplan los requisitos para acceder a ambas.

5. Se pide concretamente al Tribunal de Justicia que determine la metodología adecuada para establecer la existencia de discriminación indirecta a los efectos del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.<sup>5</sup> Conforme a lo solicitado por el Tribunal de Justicia, en las presentes conclusiones me centraré en los mencionados aspectos metodológicos en el contexto de las prestaciones por invalidez profesional reconocidas a los trabajadores.

## I. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

#### 1. Directiva 79/7

6. El artículo 1 de la Directiva 79/7 dispone lo siguiente:

«La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.»

7. El artículo 3, apartado 1, letra a), de dicha Directiva establece que esta se aplicará a los regímenes legales que aseguren una protección contra, entre otros riesgos, los de «enfermedad» e «invalidez».

<sup>4</sup> Según el auto de remisión, se trata de los datos disponibles a 31 de enero de 2020.

<sup>5</sup> DO 1979, L 6, p. 24, EE 05/2, p. 174.

8. El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 preceptúa:

«El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

– el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

[...]

– el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.»

2. *Directiva 2006/54/CE*

9. El artículo 1 de la Directiva 2006/54/CE<sup>6</sup> dispone lo siguiente:

«La presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

A tal fin, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a:

[...]

b) las condiciones de trabajo, incluida la retribución;

c) los regímenes profesionales de seguridad social.

[...]»

10. De acuerdo con el artículo 2, apartado 1, letra f), de esta Directiva, se entenderá por «regímenes profesionales de seguridad social» «los regímenes no regulados por la [Directiva 79/7] cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa».

<sup>6</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DO 2006, L 204, p. 23).

## ***B. Derecho español***

### *1. LGSS*

11. El artículo 9.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en su versión resultante del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>7</sup> (en lo sucesivo, «LGSS»), dispone que el Sistema de la Seguridad Social viene integrado por el Régimen General, que se regula en el título II de esta Ley, y los regímenes especiales a que se refiere el artículo siguiente.

12. El artículo 10.1 de la LGSS preceptúa que se establecerán regímenes especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la seguridad social. El artículo 10.2.a) de la LGSS dispone que se considerará régimen especial, entre otros, el que encuadre al grupo de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

13. El artículo 163 de la LGSS, titulado «Incompatibilidad de pensiones», establece en su apartado 1 que las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

### *2. Decreto 2530/1970*

14. El artículo 34 del Decreto 2530/1970, de 20 agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos,<sup>8</sup> establece que las pensiones que concede este régimen especial a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario. Añade este precepto que quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

### *3. Real Decreto 691/1991*

15. El Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social,<sup>9</sup> prevé en su artículo 4.1 que en los casos de pensiones de invalidez permanente, cuando el causante tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos de cotización en más de un régimen (Régimen General y regímenes especiales), dichos períodos, y los que sean asimilados a ellos que hubieran sido cumplidos en virtud de las normas que los regulen, podrán ser totalizados a solicitud del interesado, siempre que no se superpongan, para la adquisición del derecho a pensión, así como para determinar, en su caso, el porcentaje por años de cotización o de servicios aplicable para el cálculo de la misma.

<sup>7</sup> BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015.

<sup>8</sup> BOE n.º 221, de 15 de septiembre de 1970.

<sup>9</sup> BOE n.º 104, de 1 de mayo de 1991.

#### 4. Sentencia n.º 3038/2013

16. En virtud de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2014 recaída en el recurso n.º 3038/2013, las dos pensiones de incapacidad permanente total serían compatibles si se hubieran causado en regímenes diferentes.

## II. Antecedentes de hecho del litigio principal y cuestiones prejudiciales

17. KM trabajó, afiliada al RGSS, como auxiliar administrativa entre mayo de 1989 y abril de 1994.

18. El 2 de marzo de 1999, el INSS dictó resolución por la que se declaraba a KM en situación de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común que le impedía ejercer su profesión habitual, con derecho a percibir la correspondiente prestación y efectos a partir del 19 de noviembre de 1998. La prestación se calculó considerando las cotizaciones a ese régimen en el referido período.<sup>10</sup>

19. La actual profesión habitual de KM es la de subalterna de casal, y está dada de alta en el RGSS en tal categoría desde febrero de 2015. Inició un período de incapacidad temporal el día 18 de julio de 2016.

20. El 20 de marzo de 2018, el INSS dictó resolución por la que se declaraba a KM afecta de incapacidad permanente total, derivada de accidente no laboral con resultado de fractura de fémur. El INSS le reconoció la correspondiente prestación en el RGSS considerando las bases de cotización del período comprendido entre febrero de 2015 y enero de 2017.<sup>11</sup> El INSS estimó que, en base a lo previsto en el artículo 163.1 de la LGSS, las prestaciones reconocidas en 1999 y 2018 eran incompatibles, por lo que resolvió que a la demandante le correspondía únicamente una de ellas.

21. La reclamación presentada por la demandante fue desestimada por la Dirección Provincial del INSS de Barcelona mediante resolución de 23 de enero de 2019.

22. El 12 de marzo de 2019, KM impugnó dicha resolución ante el órgano jurisdiccional remitente por considerar que el artículo 163.1 de la LGSS es contrario al artículo 4 de la Directiva 79/7 y al artículo 5 de la Directiva 2006/54. Entiende que deben concedérsele las dos prestaciones de incapacidad permanente. Sostiene que, al ser la proporción de mujeres en los regímenes especiales, concretamente en el RETA, muy inferior a la de hombres,<sup>12</sup> el régimen de incompatibilidad de las prestaciones genera una discriminación indirecta por razón de sexo o de género. Concluye que dicho régimen dificulta en mayor medida la compatibilidad para las mujeres, pues la afiliación de estas a los regímenes especiales es muy inferior proporcionalmente a la de los hombres.

23. El órgano jurisdiccional remitente señala que la resolución del INSS por la que se deniega lo solicitado por la demandante se ajusta a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo,<sup>13</sup> que admite la compatibilidad de dos prestaciones reconocidas en regímenes diferentes (normalmente

<sup>10</sup> En la vista, el INSS explicó que, para calcular tal prestación en relación con el RGSS, tiene que considerar los últimos ocho años del período de cotización.

<sup>11</sup> En la vista, el INSS explicó que, para calcular esta prestación, tiene que considerar las cotizaciones de los últimos veinticuatro meses.

<sup>12</sup> A 31 de enero de 2020, las mujeres representaban el 36,15 % de los trabajadores afiliados al RETA.

<sup>13</sup> Véase el punto 16 de las presentes conclusiones.

el RGSS y el RETA, pues son los que mayor número de afiliados tienen)<sup>14</sup> y en atención a unas mismas dolencias. En cambio, en un mismo régimen (normalmente el RGSS, el más importante en cuanto a volumen de afiliados), son incompatibles las prestaciones aun cuando se acredite cotización suficiente e independiente para cada una de ellas.

24. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si este sistema pudiera constituir una discriminación indirecta por razón de sexo proscrita por el artículo 4 de la Directiva 79/7 y el artículo 5 de la Directiva 2006/54. Añade que, en el litigio principal, la demandante acredita cotización suficiente e independiente para acceder a ambas prestaciones, la reconocida en 1999 y la reconocida en 2018.<sup>15</sup>

25. El órgano jurisdiccional remitente señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la norma sobre incompatibilidad de prestaciones es aparentemente neutra respecto al sexo, pues no distingue por sexo, sino solamente por el número de regímenes de la seguridad social a los que el interesado haya cotizado. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente pone en duda la aplicación de esta jurisprudencia, en la medida en que tiene una mayor incidencia sobre las trabajadoras. En los dos principales regímenes en volumen de afiliados, el RGSS y el RETA, el reconocimiento de la compatibilidad de prestaciones será mucho más factible en el caso de los hombres que en el de las mujeres, puesto que la proporción de hombres en el RETA es mucho mayor que la de mujeres.<sup>16</sup> Por lo tanto, entiende que, dado que la compatibilidad de dos prestaciones solamente es posible respecto de las obtenidas en diferentes regímenes, y habida cuenta de la mayor proporción de hombres en el RETA, parece que el reconocimiento de tal compatibilidad será mucho más sencillo para los hombres que para las mujeres.

26. Por otra parte, según el órgano jurisdiccional remitente, la menor presencia de la mujer en el RETA es reflejo de la mayor dificultad para el emprendimiento autónomo de una actividad productiva que tradicionalmente le ha deparado el rol socialmente asumido de cuidadora y ama de casa. Ello, a su juicio, implicaría no solo una discriminación indirecta por razón de sexo, sino también por razón de género.

27. Por último, el órgano jurisdiccional remitente explica que no es posible reconocer dos prestaciones de incapacidad permanente total por una misma dolencia en el mismo régimen, pero que, sin embargo, un mismo cuadro patológico no impide acceder a dos prestaciones de incapacidad permanente total compatibles si se reconocen en dos regímenes diferentes.

<sup>14</sup> El órgano jurisdiccional remitente explica que el RGSS, régimen que agrupa, para la generalidad de sectores, a los trabajadores por cuenta ajena, tenía más de 14,5 millones de afiliados a 31 de enero de 2020. En este régimen, la proporción por sexos está bastante equilibrada, representando las mujeres el 48,09 %. En cambio, en el RETA, que integra a los trabajadores por cuenta propia de la generalidad de sectores, también con un volumen de afiliados importante (más de tres millones), las mujeres tan solo representan el 36,15 %, lo que en absoluto se corresponde con el volumen que representa la población femenina en el total nacional ni en el colectivo de personas activas.

<sup>15</sup> A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente señala que la pensión de incapacidad permanente *total* reconocida en 1999 se generó por las cotizaciones anteriores, mientras que la reconocida en 2018 no precisaba un período previo de cotización, pues derivaba de accidente no laboral, bastando el alta en la seguridad social. Señala asimismo que diferente sería que la segunda pensión reconocida fuera por incapacidad permanente *absoluta*, pues en tal caso lo que vendría a compensar dicha pensión es la imposibilidad de desarrollar cualquier actividad productiva, que absorbería la de poder seguir ejercitando una concreta profesión.

<sup>16</sup> Véase la nota 14 de las presentes conclusiones.

28. En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Es contraria a la normativa europea recogida en los art. 4 de la [Directiva 79/7] y art. 5 de la [Directiva 2006/54], pudiendo provocar una discriminación indirecta por razón de sexo o de género, la norma española sobre compatibilidad de prestaciones, recogida en el art. 163.1 de la LGSS, interpretada por la doctrina jurisprudencial, que impide compatibilizar dos prestaciones de incapacidad permanente total reconocidas 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?
- 2) 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 causa diferentes lesiones?»

29. Han presentado observaciones escritas al Tribunal de Justicia KM, el INSS, el Gobierno español y la Comisión Europea. El Tribunal de Justicia formuló varias preguntas escritas al INSS y al Gobierno español para que las contestaran por escrito, lo que hicieron el 6 de diciembre de 2021. Todas las mencionadas partes formularon alegaciones orales en la vista que se celebró ante el Tribunal de Justicia el 12 de enero de 2022.

### III. Análisis

#### A. Observaciones preliminares

30. Procede señalar, para empezar, que las cuestiones prejudiciales planteadas se refieren tanto a disposiciones de la Directiva 79/7 como a disposiciones de la Directiva 2006/54. El órgano jurisdiccional remitente indica que ha mencionado esta última en su petición de decisión prejudicial para el caso de que fuera aplicable. El INSS, el Gobierno español y la Comisión entienden que la Directiva 2006/54 no resulta aplicable a la prestación de incapacidad controvertida en el litigio principal, puesto que su ámbito de aplicación se circunscribe a los regímenes profesionales de seguridad social.

31. A este respecto, debe subrayarse que el Derecho de la Unión distingue entre los regímenes profesionales de pensiones, que están incluidos en el concepto de «retribución» del artículo 157 TFUE, apartados 1 y 2,<sup>17</sup> y los regímenes legales de pensiones de seguridad social,

<sup>17</sup> El Tribunal de Justicia ha declarado que están incluidas en el concepto de «retribución», en el sentido del artículo 157 TFUE, las pensiones que dependen de la relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de las que se derivan de un régimen legal a cuya financiación contribuyan los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en una medida que depende menos de tal relación de trabajo que de consideraciones de política social. De este modo, no pueden incluirse en este concepto los regímenes o prestaciones de seguridad social, como las pensiones de jubilación, regulados directamente por la ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores (véase la sentencia de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 20 y jurisprudencia citada).

que no lo están.<sup>18</sup> Es jurisprudencia reiterada que el concepto de «retribución», en el sentido del artículo 157 TFUE, apartados 1 y 2, de la Directiva 2006/54, no abarca esta prestación contributiva de incapacidad.<sup>19</sup>

32. En el presente asunto, las prestaciones de que se trata en el litigio principal están integradas en un régimen legal y ofrecen protección contra los riesgos de enfermedad e invalidez. Tales prestaciones parecen depender menos de una relación laboral que de consideraciones sociales.<sup>20</sup> Como ha indicado el órgano jurisdiccional remitente en el auto de remisión, la prestación que se reconoció a KM en 2018 no precisaba un período previo de cotización, pues derivaba de accidente no laboral, bastando el alta en la seguridad social. A este respecto, a tenor del artículo 1 de la Directiva 79/7, esta contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Por lo tanto, a mi juicio, las prestaciones objeto del litigio principal constituyen una protección contra dos de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7, la enfermedad y la invalidez, a las que únicamente es aplicable esta Directiva.<sup>21</sup> *A contrario*, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54.

33. Así pues, examinaré las cuestiones prejudiciales planteadas exclusivamente a la luz de la Directiva 79/7.

34. En segundo lugar, por lo que atañe a la cuestión de si la interpretación realizada por un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro de una disposición legislativa ha de considerarse comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, procede recordar que el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales, y en particular los tribunales supremos nacionales.<sup>22</sup> Por lo tanto, el hecho de que la norma nacional litigiosa constituya una interpretación judicial<sup>23</sup> del Tribunal Supremo no puede sustraer dicha norma nacional (ni tampoco la legislación nacional en que se sustenta) de la aplicación de las disposiciones de la mencionada Directiva.

35. En tercer lugar, como ha manifestado la Comisión, debe señalarse que no es necesario que el Tribunal de Justicia examine por separado la segunda cuestión prejudicial, puesto que se trata de una concreción de la primera. En efecto, la segunda cuestión prejudicial se limita a precisar la situación controvertida en el litigio principal, a saber, aquella en la que se han generado dos incapacidades sucesivas por enfermedad e invalidez distintas, que ya está comprendida en la primera cuestión prejudicial.

<sup>18</sup> Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:696), puntos 24 y 25.

<sup>19</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, EU:C:1996:46), apartado 14; de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746), apartado 25, y de 14 de julio de 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564), apartado 38.

<sup>20</sup> Véase, por analogía, la sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075), apartado 29.

<sup>21</sup> Además, del artículo 1, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2006/54, en relación con su artículo 2, apartado 1, letra f), se desprende que esta Directiva no se aplica a los regímenes legales regulados por la Directiva 79/7.

<sup>22</sup> Véanse, entre otras, las sentencias de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido (C-382/92, EU:C:1994:233), apartado 36, y de 15 de marzo de 2018, Blanco Marqués (C-431/16, EU:C:2018:189), apartado 46.

<sup>23</sup> Véase el punto 16 de las presentes conclusiones.



36. Dado que examinar la posibilidad de una sucesión de dos incapacidades provocadas por la misma enfermedad o invalidez sería un ejercicio hipotético, considero que no es necesario apreciar esta cuestión por separado.

### ***B. Apreciación de las cuestiones prejudiciales planteadas***

37. Mediante sus dos cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, pues se refieren a la misma problemática, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 ha de interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que permite conceder dos o más prestaciones de incapacidad causadas en diferentes regímenes de la seguridad social como resultado de dos o más incapacidades, mientras que prohíbe percibir dos o más prestaciones de este tipo causadas en el mismo régimen aunque se cumplan los requisitos para acceder a todas ellas.

38. Para empezar, procede subrayar que el Tribunal de Justicia ha declarado de forma reiterada que corresponde a los Estados miembros organizar sus sistemas de seguridad social y, a falta de una armonización a escala de la Unión, determinar los requisitos que confieren el derecho a las prestaciones en materia de seguridad social. No obstante, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión.<sup>24</sup>

39. Conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes de seguridad social, a las condiciones de acceso a ellos y al cálculo de las prestaciones. Los Estados miembros, en el ejercicio de sus competencias en materia de seguridad social, deben observar esta disposición, que concreta el principio general de no discriminación establecido actualmente en el artículo 21 de la Carta.<sup>25</sup>

40. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes, salvo que exista una justificación objetiva.<sup>26</sup>

41. En el caso de autos, cabe descartar que la norma nacional controvertida dé lugar a una discriminación directa. Prohíbe percibir dos prestaciones en el mismo régimen de la seguridad social aun cuando se cumplan los requisitos para acceder a ambas. Dado que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, no discrimina directamente por razón de sexo. Procede por tanto examinar si pudiera constituir una discriminación indirecta.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Véanse, entre otras, las sentencias de 4 de diciembre de 2003, Kristiansen (C-92/02, EU:C:2003:652), apartado 31; de 4 de febrero de 2015, Melchior (C-647/13, EU:C:2015:54), apartado 21, y de 10 de septiembre de 2015, Wojciechowski (C-408/14, EU:C:2015:591), apartado 35.

<sup>25</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 23 de abril de 2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289), apartado 38 y jurisprudencia citada.

<sup>26</sup> Véanse, en particular, las sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros (C-342/93, EU:C:1996:46), apartado 16, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC (C-486/18, EU:C:2019:379), apartado 73.

<sup>27</sup> Véanse, entre otras, las sentencias de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros (C-411/96, EU:C:1998:506), apartado 39, y de 16 de julio de 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462), apartado 53.

42. El concepto de discriminación indirecta no se define en la Directiva 79/7. No obstante, según jurisprudencia reiterada, 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.<sup>28</sup>

43. De esta definición se deriva que, para establecer la existencia de discriminación indirecta, es necesario un análisis en tres fases, referidas, la primera, a la neutralidad de la disposición, criterio o práctica de que se trate; la segunda, a la identificación de las personas afectadas y de las que se hallan en una situación comparable, y, la tercera, a la desventaja ocasionada por la disposición, criterio o práctica.

44. Me parece evidente que en el caso de autos la primera fase del análisis no plantea problema alguno, puesto que no se discute que la norma nacional en cuestión, que se aplica a ambos sexos de forma indistinta, es completamente neutral. Por lo tanto, las presentes conclusiones se centrarán en las dos fases restantes. El Tribunal de Justicia debe comenzar por determinar a las personas objeto de la comparación y, a continuación, examinar si la norma nacional controvertida sitúa a las personas de un sexo en una desventaja particular. Dado que el Tribunal de Justicia ha solicitado que las conclusiones aborden únicamente estos dos aspectos, no trataré el relativo a las posibles justificaciones de la presunta desventaja.

#### *1. Determinación de las personas que pueden considerarse en una situación comparable a la de la demandante*

45. KM alega, en esencia, que el INSS ha vulnerado el principio de no discriminación por razón de sexo porque se permite la compatibilidad de dos prestaciones reconocidas en distintos regímenes de seguridad social por idénticas incapacidades, mientras que se impide compatibilizar esas mismas dos prestaciones en un mismo régimen, como el RGSS. El INSS y el Gobierno español aducen, en esencia, que quienes han cotizado a regímenes de seguridad social distintos del RGSS se encuentran en una situación diferente a la de quienes únicamente han cotizado al RGSS.

46. Para determinar si dos situaciones son comparables, deben tomarse en consideración el objeto y la finalidad de la normativa de que se trate. Solamente entonces podrá el Tribunal de Justicia pasar a identificar los elementos de comparación pertinentes.

#### *a) Objeto y finalidad de la normativa nacional controvertida*

47. Ha de recordarse que, según reiterada jurisprudencia, el carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de modo concreto y específico. La apreciación debe atender a todos los aspectos que caracterizan tales situaciones, en particular, a

<sup>28</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 37 y jurisprudencia citada. Mientras que en la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia se definía el concepto de «discriminación indirecta» como una situación en la que «la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres» (el subrayado es mío) (véanse, en particular, las sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 56 y jurisprudencia citada, y de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 29), la actual definición jurisprudencial es idéntica a la del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/54. En relación con el cambio de formulación, véanse las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto TGSS (Desempleo de los empleados de hogar) (C-389/20, EU:C:2021:777), nota 28.

la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establece la distinción de que se trata.<sup>29</sup> Además, el requisito relativo al carácter comparable de las situaciones no exige que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas.<sup>30</sup>

48. En el presente asunto, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia resulta que la resolución impugnada atañe a la concesión de dos prestaciones de incapacidad permanente a KM. Por consiguiente, el objeto de la *litis* se refiere a si una persona que padece dos o más incapacidades sucesivas tiene derecho a percibir una o más prestaciones de la seguridad social. A reserva de las comprobaciones que corresponde realizar al órgano jurisdiccional remitente atendiendo a los objetivos que persigue la normativa nacional que reconoce tales prestaciones, parece, *prima facie*, que estas tienen como finalidad ofrecer protección social a la persona que esté afiliada a un régimen de seguridad social frente a los riesgos de enfermedad e invalidez.

49. A la vista del objeto y la finalidad de las prestaciones litigiosas, no existe diferencia entre una persona que padece dos o más incapacidades para trabajar sucesivas y que ha cotizado únicamente a un régimen de seguridad social, como el RGSS, y una persona que padece esas mismas incapacidades, pero que ha cotizado a diversos regímenes. Ambas categorías de personas precisan idéntica protección social frente a los riesgos de enfermedad e invalidez.

50. En cambio, el INSS alegó y defendió con ahínco en la vista que las personas que han cotizado al RGSS y las personas que han cotizado al RETA se encuentran en una situación diferente, ya que los riesgos frente a los que uno y otro protegen no son los mismos. No estoy de acuerdo. En mi opinión, el análisis de comparabilidad a efectos del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 no debe realizarse atendiendo a tales riesgos, sino al derecho a la protección social.

51. Estimo, por tanto, que una persona que padece dos o más incapacidades para el trabajo sucesivas y que solo ha cotizado a un régimen de seguridad social, como el RGSS, y una persona que padece esas mismas incapacidades, pero que ha cotizado a diversos regímenes se encuentran en una situación comparable en cuanto a la protección social que precisan.

#### *b) «Grupo en desventaja» y su elemento de comparación*

52. El Tribunal de Justicia declaró en la sentencia dictada en el asunto Seymour-Smith<sup>31</sup> que el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito controvertido entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina. De ello se sigue que la situación de las personas que satisfacen los requisitos para disfrutar de un determinado derecho debe compararse con la de aquellas que no los satisfacen.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, EU:C:2008:728), apartados 25 y 26; de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480), apartados 89 y 90, y de 9 de marzo de 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198), apartados 56 y 57 y jurisprudencia citada. Véanse también las sentencias de 1 de marzo de 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats y otros (C-236/09, EU:C:2011:100), apartado 29; de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación) (C-451/16, EU:C:2018:492), apartado 42, y de 22 de enero de 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43), apartado 42.

<sup>30</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de mayo de 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286), apartado 42, y de 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566), apartado 25 y jurisprudencia citada.

<sup>31</sup> Sentencia de 9 de febrero de 1999 (C-167/97, EU:C:1999:60).

<sup>32</sup> Tobler, C., *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades (Comisión Europea), 2009, p. 41. Los dos grupos se denominan «qualifiers» (personas que satisfacen los requisitos) y «non qualifiers» (personas que no satisfacen los requisitos).

53. Este es el criterio que ha aplicado recientemente el Tribunal de Justicia en la sentencia recaída en el asunto YS, donde se le preguntaba, en esencia, si los hombres, como beneficiarios mayoritarios de pensiones especialmente elevadas en comparación con las mujeres, que percibían de media pensiones sustancialmente más bajas, se veían indirectamente discriminados por la normativa austriaca que introducía, entre otros aspectos, una contribución de las «pensiones especiales», particularmente abultadas, con el propósito de garantizar los ingresos por pensiones.<sup>33</sup> Para responder a esta cuestión, el Tribunal de Justicia identificó, en primer lugar, a las personas en desventaja de que se trataba. Ese grupo de personas englobaba a los antiguos empleados de empresas controladas por el Estado que percibían una pensión consistente en una «prestación definida directa» cuyo importe superaba determinados umbrales.<sup>34</sup> A continuación, el Tribunal de Justicia identificó el elemento de comparación: las personas que percibían una pensión de empleo del Estado federal o del estado federado de que se tratase. De esta forma, el Tribunal de Justicia excluyó explícitamente a los antiguos trabajadores de empresas no controladas por el Estado y a las personas que percibían una pensión de empleo no consistente en una «prestación definida directamente», como los pagos de un fondo de pensiones o de un seguro de vida.<sup>35</sup> En consecuencia, me parece que, habida cuenta de que excluye a las personas que no se ven directamente afectadas por la norma controvertida, el Tribunal de Justicia sigue un criterio más bien estricto a los efectos de definir a los grupos objeto de la comparación.

54. En el caso de autos, puesto que consta que KM es una trabajadora que solo ha cotizado al RGSS, de la petición de decisión prejudicial resulta que las personas a las que la norma nacional controvertida coloca potencialmente en desventaja son, en concreto, los trabajadores afiliados al RGSS que padecen dos o más incapacidades sucesivas en este régimen. Por consiguiente, teniendo en cuenta, primero, el referido requisito de efectuar una apreciación específica y concreta del carácter comparable de las situaciones<sup>36</sup> y, segundo, que el criterio pertinente no es otro que el de la protección de seguridad social de las personas con dos o más incapacidades sucesivas,<sup>37</sup> considero que el grupo en desventaja, en el presente asunto, solo engloba a las personas con dos o más incapacidades sucesivas que han cotizado únicamente al RGSS.

55. En aras de la exhaustividad, ha de subrayarse que, habida cuenta de que el litigio principal atañe a una trabajadora que solicita poder compatibilizar las prestaciones correspondientes a dos incapacidades en el RGSS, el Tribunal de Justicia no debe tomar en consideración a los trabajadores que solo hayan cotizado a regímenes distintos del RGSS. El grupo al que se sitúa en situación de desventaja en el caso de autos es el que integran las personas afiliadas al RGSS (y solo al RGSS) a las que no se permite compatibilizar las correspondientes prestaciones por dos o más incapacidades por estar afiliadas únicamente al RGSS. Aunque es cierto que la norma española sobre incompatibilidad se aplica a la totalidad de los distintos regímenes de la seguridad social, la situación de las personas que están afiliadas a solo uno de los regímenes distintos del RGSS y que solo han cotizado a tal régimen carece de pertinencia para el caso de autos. A diferencia de la Comisión, considero que solamente examinando la situación de las personas que han cotizado a un concreto régimen de seguridad social (en el presente caso, el RGSS) podrá el

<sup>33</sup> Véase la sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo) (C-223/19, EU:C:2020:753), apartado 40.

<sup>34</sup> Véase la sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo) (C-223/19, EU:C:2020:753), apartado 44.

<sup>35</sup> Véase la sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo) (C-223/19, EU:C:2020:753), apartado 45.

<sup>36</sup> Véase el punto 47 de las presentes conclusiones.

<sup>37</sup> Véase el punto 48 de las presentes conclusiones.

Tribunal de Justicia dar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil que le permita resolver el litigio de que conoce, que se refiere concretamente a las prestaciones reconocidas a una persona que ha estado afiliada durante dos períodos al RGSS.

56. Paso ahora a hallar el elemento de comparación a los efectos de determinar si el grupo en desventaja identificado sufre una discriminación indirecta por razón de sexo. El elemento de comparación es, en mi opinión, el compuesto por las personas que también padecen dos o más incapacidades sucesivas, pero que pueden compatibilizar dos o más prestaciones de distintos regímenes de seguridad social por haber cotizado a ellos.

57. De lo anterior resulta que, en lo referente a la concesión de prestaciones de seguridad social a las personas con dos o más incapacidades sucesivas, una persona que haya cotizado únicamente al RGSS, como es el caso de KM, se encuentra en una situación comparable a la de una persona que haya cotizado a dos o más regímenes de la seguridad social, como el RGSS y el RETA. Una vez identificados el grupo en desventaja y su elemento de comparación, entro a analizar si existe una diferencia de trato entre los hombres y las mujeres pertenecientes a estos dos grupos.<sup>38</sup>

## 2. Diferencia de trato entre hombres y mujeres

### a) Comparación de las proporciones de mujeres y hombres

58. Constituye jurisprudencia reiterada que la existencia de una desventaja particular podría quedar demostrada, entre otras formas, probando que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de personas del otro sexo.<sup>39</sup> Ello implica que es posible demostrar la discriminación indirecta por cualquier medio, incluido a partir de datos estadísticos.<sup>40</sup> En principio, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si puede reputarse acreditada la existencia de tal desventaja particular, pues a él le incumben las apreciaciones de hecho.<sup>41</sup> Concretamente, como se ha indicado en el punto 52 de las presentes conclusiones, en el contexto de la discriminación por razón de género, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar las *proporciones* respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la norma controvertida entre la mano de obra masculina con las mismas *proporciones* entre la mano de obra femenina.<sup>42</sup>

59. Por ejemplo, en la sentencia dictada en el asunto YS, el Tribunal de Justicia declaró, en primer lugar, que incumbe al órgano jurisdiccional remitente tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a la normativa nacional en la que tiene su origen la diferencia de trato. Reiteró, en segundo lugar, que el mejor método de comparación consiste en comparar las *proporciones* respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta

<sup>38</sup> Véase el punto 49 de las presentes conclusiones.

<sup>39</sup> Véanse, entre otras, las sentencias de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215), apartado 28 y jurisprudencia citada, y de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartados 37 y 38 y jurisprudencia citada.

<sup>40</sup> Véanse, entre otras, las sentencias de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 46, y de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan (C-274/18, EU:C:2019:828), apartado 46.

<sup>41</sup> Véase, entre otras, la sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartados 37 y 38 y jurisprudencia citada.

<sup>42</sup> Véanse, entre otras, las sentencias de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, EU:C:1999:60), apartado 59; de 6 de diciembre de 2007, Voß (C-300/06, EU:C:2007:757), apartado 40, y de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan (C-274/18, EU:C:2019:828), apartado 47.

diferencia de trato entre la mano de obra masculina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa con las mismas proporciones entre la mano de obra femenina comprendida en dicho ámbito de aplicación.<sup>43</sup>

60. En consecuencia, entiendo que el término «proporción» implica que no es posible comparar números absolutos,<sup>44</sup> sino decimales, fracciones o porcentajes que reflejen la parte que representa un determinado grupo en el conjunto.<sup>45</sup> En el caso de autos, al examinar si existe una diferencia de trato entre hombres y mujeres, el órgano jurisdiccional remitente deberá atender a la situación de las mujeres en relación con la de los hombres. Más concretamente, habrá de comparar las dos proporciones siguientes.

61. Primero tendrá que observar la proporción de mujeres en el grupo en desventaja, es decir, el de las mujeres que están únicamente afiliadas al RGSS y que tienen reconocidas dos o más incapacidades en este régimen, en relación con las mujeres del grupo favorecido, esto es, el de las mujeres que están afiliadas a dos o más regímenes de la seguridad social y que tienen dos o más incapacidades en esos regímenes.

62. Segundo, el órgano jurisdiccional nacional deberá determinar la proporción de hombres que tienen dos o más incapacidades y que no pueden compatibilizar dos o más prestaciones de la seguridad social, en relación con el número de hombres que tienen dos o más incapacidades, pero que pueden compatibilizar dos o más prestaciones de la seguridad social.

*b) Las concretas proporciones en el caso de autos*

63. De las respuestas a las preguntas escritas del Tribunal de Justicia y de las alegaciones esgrimidas en la vista no parece desprenderse que exista una carencia de datos. Por ejemplo, en sus respuestas a dichas preguntas, el INSS y el Gobierno español señalaron que, a 10 de noviembre de 2021, el número de mujeres que tienen diversas incapacidades y que han cotizado únicamente al RGSS es de 3 388, mientras que el número de mujeres que tienen diversas incapacidades y que han cotizado a varios regímenes de la seguridad social asciende a 3 460. Por lo tanto, la *ratio* entre el número de mujeres en el grupo en desventaja y el número de mujeres en el grupo favorecido es de aproximadamente 1 a 1. Las cifras de los hombres son de 4047 y 7723, respectivamente, lo que significa que, en este caso, la *ratio* es de aproximadamente 1 a 2.

64. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si estos datos son válidos, representativos y significativos.<sup>46</sup> Respecto a estas concretas cifras, deberá comprobar si pueden tomarse en consideración,<sup>47</sup> atendiendo principalmente a la fecha de los hechos del litigio principal.

<sup>43</sup> Sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo) (C-223/19, EU:C:2020:753), apartado 52.

<sup>44</sup> Una proporción es un tipo de cociente en el que el numerador está incluido en el denominador y puede expresarse en forma de decimal, fracción o porcentaje.

<sup>45</sup> Por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha explicado que no basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97, EU:C:1999:60, apartado 59).

<sup>46</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láziz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 45.

<sup>47</sup> Véanse la sentencia de 21 de enero de 2021, INSS (C-843/19, EU:C:2021:55), apartado 27 y jurisprudencia citada, y las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto TGSS (Desempleo de los empleados de hogar) (C-389/20, EU:C:2021:777), punto 56.

65. Por otra parte, es preciso subrayar que la alegación formulada por KM y destacada por el órgano jurisdiccional remitente a propósito del número de hombres y mujeres afiliados al RGSS y al RETA no es pertinente para el caso de autos. En particular, el órgano jurisdiccional nacional ha subrayado en su petición de decisión prejudicial que, a 31 de enero de 2020, las mujeres representaban el 48,09 % de los afiliados al RGSS, pero solo el 36,15 % de los afiliados al RETA.<sup>48</sup> Estas cifras carecen de pertinencia para el caso de autos, pues meramente se refieren al número total de mujeres entre todos los afiliados al RGSS y al RETA, pero no muestran la proporción de mujeres o de hombres a los que se sitúa en desventaja. Tampoco permiten establecer una relación de causalidad entre la desventaja alegada, la imposibilidad de compatibilizar dos o más prestaciones en el mismo régimen y el género de los trabajadores en cuestión.

66. Por idénticas razones considero que las cifras presentadas por el INSS y el Gobierno español en sus respuestas escritas, relativas a la tasa de participación de hombres y mujeres en uno o más regímenes de la seguridad social en el mes de octubre de 2021,<sup>49</sup> no deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal de Justicia. Como sostuvo la Comisión en la vista, estas cifras únicamente muestran las personas pertenecientes a uno o a varios regímenes de la seguridad social en el momento en que se facilitaron, mientras que el criterio expuesto en el punto 63 de las presentes conclusiones abarca cifras que necesariamente proporcionan una mejor perspectiva histórica, puesto que se refieren a un acaecimiento de incapacidades sucesivas a lo largo de un período de tiempo que hace que esas cifras dependan menos de acontecimientos puramente fortuitos.<sup>50</sup> Dicho criterio tiene además la considerable ventaja de que las proporciones a las que se atiende no toman en consideración la cuestión, mencionada tanto por el INSS como por el Gobierno español en la vista, de las actividades que entrañan mayores riesgos, como ciertas actividades desempeñadas por personas que trabajan por cuenta propia afiliadas al RETA. Al comparar las respectivas proporciones de mujeres y hombres que tienen dos o más incapacidades y que han cotizado únicamente al RGSS, en relación con quienes han cotizado a varios regímenes de la seguridad social, los grupos de que se trata ya han quedado circunscritos a aquellas personas que tienen dos o más incapacidades. Por lo tanto, la comparación se basa en las proporciones de personas que ya tienen diversas incapacidades, y no en números absolutos.

67. En el caso de que el órgano jurisdiccional nacional decida tomar en consideración los datos mencionados en el punto 63 de las presentes conclusiones, deberá apreciar si la proporción de mujeres que tienen dos o más incapacidades y que han cotizado únicamente al RGSS, en relación con las mujeres que tienen dos o más incapacidades y que han cotizado a dos o más regímenes de seguridad social, es «*considerablemente más elevada*» que la de los hombres al punto de constituir una «desventaja particular», en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Véanse el punto 24 y la nota 14 de las presentes conclusiones, donde figuran las cifras concretas.

<sup>49</sup> El INSS y el Gobierno español aportaron ante el Tribunal de Justicia unas cifras de octubre de 2021 que muestran que el número de hombres que ejercen una única actividad es de 10 295 048, mientras que el número de hombres que han cotizado a más de un régimen es de 198 558. En el caso de las mujeres, las cifras respectivas son de 8 917 750 y 185 116.

<sup>50</sup> Las partes discreparon en cuanto a la importancia de la crisis de la COVID-19 en la composición por géneros de los regímenes de la seguridad social con respecto a las estadísticas de octubre de 2021.

<sup>51</sup> Véase la sentencia de 21 de enero de 2021, INSS (C-843/19, EU:C:2021:55), apartado 31.

c) *Concepto de proporción «considerablemente más elevada» o «significativamente más alta» de personas*

68. Como ya he señalado,<sup>52</sup> de acuerdo con los criterios desarrollados por el Tribunal de Justicia, a efectos de establecer la existencia de una discriminación indirecta, es necesario determinar si la norma nacional controvertida sitúa a las mujeres en una *desventaja particular* respecto a los hombres.<sup>53</sup> A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la existencia de tal desventaja particular puede quedar demostrada, entre otras formas, probando que la normativa nacional controvertida afecta negativamente a una *proporción significativamente mayor* de personas de un sexo que del otro sexo.<sup>54</sup> Resulta importante establecer tal proporción a fin de determinar si los datos de que se trate no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos.<sup>55</sup>

69. Por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto Villar Láiz, aunque el Tribunal de Justicia dejó al órgano jurisdiccional nacional el cometido de determinar si la normativa nacional controvertida afectaba negativamente a una proporción de mujeres significativamente más alta que de hombres, tuvo en cuenta que cerca del 75 % de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres.<sup>56</sup> El Tribunal de Justicia señaló, por otra parte, que el 65 % de los trabajadores a tiempo parcial sufrían una desventaja como consecuencia de la aplicación del porcentaje controvertido en el litigio principal. Cuando casi dos tercios de los trabajadores a tiempo parcial se ven específicamente afectados por la normativa litigiosa y tres cuartos del total de trabajadores a tiempo parcial son mujeres, el Tribunal de Justicia parece sugerir, aunque sea implícitamente, que las mujeres pueden hallarse en una situación de desventaja particular en comparación con los hombres.

70. En el presente asunto, si el órgano jurisdiccional remitente decide atender a las cifras presentadas por el INSS y el Gobierno español en sus respuestas escritas,<sup>57</sup> tales cifras indicarían, como se ha señalado en el punto 63 de las presentes conclusiones, que, mientras que aproximadamente dos de cada tres hombres que tienen reconocidas diversas incapacidades probablemente podrán compatibilizar las prestaciones de dos o más regímenes,<sup>58</sup> solamente en torno a una de cada dos mujeres que tienen reconocidas diversas incapacidades probablemente podrá hacer lo propio.<sup>59</sup> *A contrario sensu*, la norma nacional controvertida sitúa en desventaja a aproximadamente la mitad de las mujeres que tienen diversas incapacidades, mientras que esa proporción es de solo un tercio en el caso de los hombres que tienen diversas incapacidades. En consecuencia, si bien corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional interpretar los datos de que se trata, estas cifras revelan, en mi opinión, que la norma nacional controvertida

<sup>52</sup> Punto 42 de las presentes conclusiones.

<sup>53</sup> Véanse las sentencias de 27 de octubre de 1998, Boyle y otros (C-411/96, EU:C:1998:506), apartado 76; de 20 de octubre de 2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675), apartado 56, y de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 37.

<sup>54</sup> Véase la sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan (C-274/18, EU:C:2019:828), apartado 45 y jurisprudencia citada.

<sup>55</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, EU:C:1999:60), apartado 62 y jurisprudencia citada, y de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 40.

<sup>56</sup> Sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 42. Véase también De la Corte Rodríguez, M., «Recent cases and the future of Directive 79/7 on equal treatment for men and women in social security: How to realise its full potential!», *European Journal of Social Security*, vol. 23(1), 2021, pp. 44 a 61.

<sup>57</sup> Véase el punto 63 de las presentes conclusiones.

<sup>58</sup> Como se ha mencionado en el punto 63 de las presentes conclusiones, el número de hombres que tienen reconocidas varias incapacidades y que han cotizado a varios regímenes de la seguridad social es de 7 723, mientras que el número de hombres que tienen reconocidas diversas incapacidades y que han cotizado únicamente al RGSS es de 4 047.

<sup>59</sup> Como se ha expuesto en el punto 63 de las presentes conclusiones, el número de mujeres que tienen reconocidas diversas incapacidades y han cotizado a varios regímenes es de 3 460, mientras que el número de las que tienen reconocidas diversas incapacidades y han cotizado únicamente al RGSS es de 3 388.



perjudicará proporcionalmente a más mujeres que a hombres, pues sitúa en desventaja a una *proporción significativamente más alta* de mujeres que de hombres. Cabría por tanto concluir que la norma nacional controvertida tiene por efecto discriminar indirectamente a las mujeres. No obstante, si las cifras que se aporten ante el órgano jurisdiccional nacional y que este tome en consideración fuesen distintas de las aportadas ante el Tribunal de Justicia, el resultado final podría ser otro.

71. En conclusión, a mi juicio, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que tiene por efecto situar en desventaja a una proporción significativamente más alta de mujeres que de hombres al permitir compatibilizar dos o más prestaciones de incapacidad causadas en diferentes regímenes de la seguridad social como resultado de dos o más incapacidades, mientras que prohíbe percibir dos o más prestaciones de este tipo en el mismo régimen aunque se cumplan los requisitos para acceder a todas ellas, lo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

#### **IV. Conclusión**

72. Por consiguiente, a la vista de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona de la siguiente manera:

«El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que tiene por efecto situar en desventaja a una proporción significativamente más alta de mujeres que de hombres al permitir compatibilizar dos o más prestaciones de incapacidad causadas en diferentes regímenes de la seguridad social como resultado de dos o más incapacidades, mientras que prohíbe percibir dos o más prestaciones de este tipo en el mismo régimen aunque se cumplan los requisitos para acceder a todas ellas, lo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.»