Universidades Lusíada

Cabeza Pereiro, Jaime

El princípio de igualdad en materia de seguridad social desde la perspectiva de la Unión Europea

http://hdl.handle.net/11067/5927
https://doi.org/10.34628/9cf7-je73

Metadados

Data de Publicação 2020

Palavras Chave Discriminação sexual no emprego - Países da União Europeia, Igualdade de remuneração - Países da União Europeia, Segurança social - Países da União Europeia

Tipo article

Revisão de Pares yes

Coleções [ULL-FD] Minerva, v. 10, n. 03 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-17T14:37:14Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN SOCIAL SECURITY FROM THE EUROPEAN UNION PERSPECTIVE

Jaime Cabeza Pereiro
Professor Catedrático de Universidade de Vigo
DOI: https://doi.org/10.34628/9cf7-je73

Resumen: El principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social es objeto de un desarrollo normativo relativamente temprano, la Directiva 79/7/CEE, dictada como consecuencia de las primeras directivas de igualdad. Posteriormente, se aprobó normativa en torno al mismo principio en los sistemas profesionales de Seguridad Social, vinculada a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres establecida en el vigente art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El ámbito de aplicación de una y otra ha sido un asunto bastante controvertido, puesto que la referida a la Seguridad Social no profesional admite más derogaciones al principio de igualdad de trato. Con todo, la admisión de las discriminaciones directas se restringe a las expresamente admitidas en la Directiva, que han sido objeto de una interpretación restrictiva por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En cuanto a las discriminaciones indirectas, se han planteado muchas dudas y problemas en torno a la pertinencia de la prueba estadística y al ámbito al que debe referirse. Asimismo, las justificaciones de las discriminaciones basadas en objetivos legítimos de política social han producido una interesante doctrina judicial. Más en términos generales, debe debatirse la conveniencia de mantener las excepciones de la Directiva de 1979 más de cuarenta años después de su aprobación.

Palabras Claves: Seguridad Social; discriminación directa; discriminación indirecta; pensiones.

Abstract: The principle of equality between men and women in Social Security has been submitted to a relatively early development, the 79/7/EEC Directive, passed as a consequence of the first equality directives. Legislation referred to the same principle in professional systems of Social Security was later approved, in conection with the equality in payment between men and women established in the current

art. 157 of the Treaty on the Founctioning of the European Union. The framework of both pieces of legislation has been a rather controverted issue because the directive devoted to non professional Social Security allows more derogations to the equality of treatment principle. Anyway, the admission of direct discriminations is restricted to those expressly allowed in the Directive, that have been restrictively understood by the European Court of Justice. On indirect discrimination many doubts and problems have been posed about the adequacy of statistic evidence and the framework to which it has to be referred. Moreover justifications of discriminations supported by legitime aims of social policy have built an interesting case law. Broadly, the convenience of maintaining the exceptions of the 1979 Directive more than forty years after its approval must be discussed.

Keywords: Social Security; direct discrimination; indirect discrimination; pensions.

Sumario: 1. Origen. 2. Ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE y de la Directiva 2006/54/CE. 3. Discriminaciones directas e indirectas. 4. Los principales problemas planteados en relación con el trabajo a tiempo parcial. 5. La discriminación por razón de sexo en la edad de jubilación. 6. Complementos de pensiones y discriminación. Revalorización y factores actuariales. 7. Conclusión.

1. ORIGEN

En estas páginas se va a tratar la normativa y la doctrina de la UE en relación con el principio de igualdad por razón de sexo en materia de Seguridad Social. Se trata de un asunto que ha adquirido una complejidad creciente no tanto a causa de una normativa que, realmente, ha alcanzado un cierto nivel de estabilidad, sino de una doctrina judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de cierto relieve doctrinal.

La Seguridad Social es un ámbito en el que ha prevalecido la normativa de coordinación sobre la de armonización. Como asunto derivado de la libre circulación de trabajadores, la Seguridad Social

se ha regido principalmente -aunque no solo- por los sucesivos Reglamentos que se han aprobado al efecto de coordinar los actuales sistemas vigentes. En efecto, los vigentes Reglamentos 883/2004 del Parlamento y del Consejo, de 29 abril 2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social y 987/2009, del Parlamento y del Consejo, de 16 septiembre 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, han sido dictados para servir a los fines del actual art. 48 TFUE. Por otra parte, la Seguridad Social ha sido un objeto importante en el campo del Método Abierto de Coordinación, que ha producido, a la postre, la puesta en marcha de reformas en distintos países de la Unión Europea dotadas de ciertos patrones comunes.

Al margen de lo cual, el art. 153 TFUE expresa que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados Miembros, entre otros, en el ámbito de la Seguridad Social y la protección social a través de un procedimiento legislativo especial, por unanimidad en el Consejo y previa consulta al Parlamento, así como al Comité económico y Social y al Comité de las Regiones. Es decir, la normativa derivada de armonización se somete actualmente a un sistema prácticamente inalcanzable de unanimidad, del que no cabe esperar éxito alguno.

Sin embargo, hay que tener en cuenta el principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, así como la igualdad entre ambos sexos en el empleo y la ocupación del actual art. 157 TFUE. Solo la igualdad retributiva se expresaba en el art. 119 del Tratado de Roma de 1957, a resultas del cual se aprobó la Directiva 75/117/CEE, del Consejo de 10 febrero 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Lo cual obligó a apelar al art. 235 del Tratado de Roma[1] como norma habilitante de la muy trascendental Directiva 76/207/CEE, **del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo,**

1 *"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 a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes".*

a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Por aquel entonces, el Primer Programa de Acción Social, aprobado por Resolución de 21 enero 1974[2] había establecido, entre sus prioridades básicas, el aseguramiento de la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y a la formación y promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, incluidas las retribuciones. Así se reconoce en el preámbulo de la Directiva. Pero no llegó a expresarse en el mismo, porque la sentencia se dictó dos meses más tarde, la postura del Tribunal de Justicia conforme a la cual el art. 119 del Tratado respondía a objetivos sociales de la CEE, "*la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos, tal como subraya el Preámbulo del Tratado*"[3].

En realidad, el Preámbulo del Tratado apelaba al aseguramiento del progreso social y a la finalidad de mejorar las condiciones de vida y trabajo. Sin embargo, parecían invocaciones sin contenido porque luego solo se incluían en su articulado la libre circulación de trabajadores y el propio principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, pero nada más. Con todo, amparó la doctrina del Tribunal y, previamente, sirvió de asidero para que la referida Resolución de 2 enero 1974 expresara que "*los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas han confiado a éstas misiones que responden a finalidades sociales*". El Programa de Acción Social, al margen de varias invocaciones a la materia de Seguridad Social que aquí no vienen al caso, había expresado la voluntad política de "*emprender acciones con el fin de garantizar la igualdad de hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo y a la formación y promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, incluidas las retribuciones*".

En la Directiva 76/207/CEE está uno de los gérmenes principales

2 Diario Oficial de las Comunidades de 12 febrero 1974.

3 Asunto 43/75, *Defrenne*, sentencia de 8 abril 1975. No se va a insistir demasiado en las páginas que siguen en esta sentencia, que por otra parte es uno de los pilares centrales sobre los que se ha edificado el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres en la UE. Pero, porque tiene bastante relación con algunos asuntos que aquí se van a tratar, no está de más recordar que su fallo declaró la eficacia directa del art. 119 del Tratado.

de la normativa de la UE sobre igualdad entre hombres y mujeres en la Seguridad Social. En concreto, su art. 1.2 dispuso que "*con el objeto de garantizar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, disposiciones que precisarán especialmente el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación*". Este es el desencadenante directo de la norma que va a ser objeto de mayor atención: la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 diciembre 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Pero hay que tirar de otro hilo conductor, que parte del propio art. 119 del Tratado y se desarrolla en la anteriormente Directiva 75/117/CEE: el concepto de "retribución", que, convenientemente desarrollado por la Tribunal, en unos términos de relativa amplitud, iba a producir el desarrollo del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el campo de los sistemas profesionales de la Seguridad Social. Se trata de una cuestión que, por otra parte, iba a plantear grandes problemas de deslinde entre los conceptos de Seguridad Social pública y profesional.

Este es el origen de la Directiva 79/7/CEE, que ha mostrado una gran resistencia al paso del tiempo, pero, sobre todo, una enorme versatilidad. Y es también el origen de ciertos preceptos que, procedentes de la Directiva **86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social**[4]**, han sido refundidos en** la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 julio 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) -en particular, aunque no solo, arts. 5 a 13-, que a su vez se relacionan con el art. 157 TFUE, versión actual del originario art. 119 del Tratado de Roma y, consecuentemente, dotado de su misma eficacia directa. En relación con este segundo

4 Esta Directiva encuentra a su vez anclaje en el propio art. 3.3 de la Directiva 79/7/CEE: "*con el fin de garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, las disposiciones que determinarán el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación*". Por lo demás, en sus dos primeros considerandos, se basa en la aplicación del principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores, ya sean hombres o mujeres.

ámbito normativo, únicamente se hará referencia a él por los apuntados problemas de deslinde con lo que debe considerarse Seguridad Social pública. Porque, como inmediatamente pasa a analizarse, los conceptos de los Derechos internos y los del Derecho de la Unión Europea no son necesariamente coincidentes[5].

2. Ámbito de aplicación de la directiva 79/7/CE y de la directiva 2006/54/CE

Por lo que ahora interesa, el art. 3.1 de la Directiva 79/7/CEE expresa que "*…se aplicará a a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos: enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional, desempleo; b) a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes contemplados en la letra a) o a suplirlos*". La duda consiste en la diferencia entre tales regímenes legales y los profesionales regidos por la Directiva 2006/54/CE. Se trata de una duda tradicional sobre la que la jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado en múltiples ocasiones, en particular en cuanto a ciertos regímenes sustitutorios de la Seguridad Social propios del empleo público.

El deslinde no es sencillo, pero puede glosarse la doctrina judicial expresando que: 1) es decisivo el criterio que consiste en determinar si la pensión se abona al trabajador por razón de la relación de trabajo entre el interesado y su empresario, es decir, el criterio del empleo. Porque, si no es así, no puede plantearse hipótesis distinta que la aplicación de la Directiva 79/7/CEE. 2) Pero, por supuesto, las pensiones abonadas por regímenes legales de seguridad social también pueden tener en cuenta, total o parcialmente, la retribución de la actividad. 3)

5 Como primera aproximación, conviene reproducir el tenor literal del art. 2.1 f) de la Directiva 2006/54/CE, que define los regímenes profesionales de la Seguridad Social en los términos siguientes: "*los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, 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*".

Las consideraciones de política social, de organización del Estado, de ética, o incluso las preocupaciones de carácter presupuestario que influyen o puedan influir en que el legislador nacional haya establecido un régimen de protección no pueden prevalecer si la pensión sólo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo del funcionario. En ese caso, la pensión abonada por el empleador público es perfectamente comparable a la que abonaría un empresario privado a sus antiguos trabajadores y rige el art. 157 TFUE[6]. 4) Se excluyen de la aplicación de este precepto y de la Directiva 2006/54/CE y, por lo tanto, se reconducen a la Directiva 79/7/CEE, las prestaciones que derivan de un régimen legal a cuya financiación contribuyan las personas trabajadoras, las empresas y los poderes público en una medida que depende menos de la relación de trabajo que de consideraciones de política social[7]. 5) Que haya existido algún tipo de concertación en la empresa o en la rama profesional particular en que se integre la prestación constituye un indicio de que se aplica el art. 157 TFUE[8]. 6) En relación con la función pública, se ha afirmado que es difícil reconducir las prestaciones previstas específicamente para ella a la Directiva 79/7/CEE, pues constituyen un colectivo solo separado del conjunto de la población activa por su particular relación con la Administración Pública[9]. En la práctica, esta afirmación constituye la

6 Vg., asunto C-366/99, *Griesmar*, sentencia de 29 noviembre 2001 y jurisprudencia en él citada. Concluye que "*las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado*".

7 Asunto C-385/11, *Elbal Moreno*, sentencia de 22 noviembre 2012.

8 Asunto C-7/93, *Beune*, sentencia de 28 septiembre 2014. Expresa esta sentencia que "*la posibilidad de invocar el artículo 119 ante el órgano jurisdiccional nacional no puede hacerse depender de que la desigualdad de trato en materia de retribución de que afirma ser víctima el trabajador se base en una disposición legislativa o reglamentaria o incluso en un eventual convenio colectivo*". Añade que *"la aplicación del artículo 119 no se supedita al requisito de que la pensión sea una pensión complementaria respecto a las pensiones abonadas por un régimen legal de Seguridad Social. Las prestaciones abonadas por un Plan de Pensiones que substituyen, parcial o totalmente, a las prestaciones abonadas por un régimen legal de Seguridad Social podrían estar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119*".

9 También en el asunto *Beune*: "*el concepto de «categorías generales de trabajadores» puede difícilmente aplicarse a un grupo particular de trabajadores como el de los funcionarios, que sólo se distinguen de los trabajadores agrupados en una empresa o en un grupo de empresas, en una rama económica o en un sector profesional o interprofesional, por las características propias que rigen su relación de trabajo con el Estado,*

base sobre la que se sustenta el art. 7.2 de la Directiva 2006/54, precepto que no existía en la versión originaria de la Directiva **86/378/CEE**[10]**.**

Por supuesto, los trazos generales de ambas normativas son más o menos concurrentes. Pero, indudablemente, hay algunos matices que es necesario considerar. Por una parte, los mandatos y las excepciones de ambos ámbitos normativos -Seguridad Social de origen legal y Seguridad Social profesional- no son los mismos, de tal forma que hay determinadas fluctuaciones normativas que deben ser consideradas. Por otra, y sobre todo, la apelación a los objetivos de política social que pueden justificar una determinada discriminación indirecta, en los términos que van a ser objeto de análisis, conducen en ocasiones a soluciones dispares. Puede decirse, en este sentido, que la prohibición de discriminación se exige con un peldaño más de rigor en el caso de la Seguridad Social profesional que en el de la Seguridad Social legal. Por otra parte, debe considerarse que la Directiva 79/7/CEE reconoce en algunos preceptos excepciones a la discriminación directa que no se contienen en la Directiva 2006/54/CE. Por ejemplo, en su art. 2, en relación con las prestaciones de muerte y supervivencia y, en términos generales, con las familiares. O, en el art. 7, en donde permite a los Estados Miembros que excluyan del ámbito de aplicación de la Directiva determinados asuntos de Seguridad Social. La Directiva 2006/54/CE es, a este respecto, menos permisiva con derogaciones del principio de no discriminación. De hecho, algunas de las que contiene en el art. 9.1 en realidad buscan una igualdad en los efectos, en los sistemas profesionales de cotización definida o de prestación definida. Solo en su art. 11 es algo más permisiva con las personas que tienen la condición de trabajadoras autónomas, y las más de las veces como reflejo de la propia Directiva 79/7/CEE.

con otros colectivos o con empleadores públicos". Es sin duda este asunto el que más se explaya sobre el ámbito de aplicación de una y otra normativa. En cuanto al caso de la judicatura y de la fiscalía en la República de Polonia, se expresa doctrina semejante a la expuesta en el asunto C-192/18, *Comisión y República de Polonia*, sentencia de 5 noviembre 2019.

10 "*El presente capítulo se aplicará también a los regímenes de pensión para una categoría particular de trabajadores, como los funcionarios públicos, si las prestaciones devengadas en virtud de dicho régimen se abonan al trabajador en razón de su relación laboral con el empleador público. El hecho de que el régimen en cuestión forme parte de un régimen general obligatorio no tendrá ningún efecto a este respecto*".

Con todo, y como va a verse en todo el texto, la aplicación de las excepciones al principio de la igualdad tiene, en la doctrina del TJUE, siempre un sesgo restrictivo. De modo tal que, en términos generales, se ha impuesto una interpretación exigente que, a la postre, ha realzado la importancia de esta norma de Derecho derivado. En ella se centran los análisis que van a efectuarse a partir de ahora, aunque aisladamente habrá que apelar al art. 157 TFUE y a la Directiva 2006/54/CE, pero solo cuando se trate de contraste entre los regímenes legales cubiertos por la Directiva 79/7/CE y los sustitutorios -casi siempre asimismo de origen legal- estructurados para la cobertura de Seguridad Social en el ámbito de la función pública.

Ya en cuanto a otros asuntos referidos al ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CE, pero al margen de los de deslinde con la Directiva 2006/54/CE, debe ponerse de manifiesto que no se aplica a las prestaciones no contributivas. Así ha sido interpretado el art. 3.1 b)[11] por el TJUE al expresar, vg., que una prestación especial destinada a que las personas puedan hacer frente a sus necesidades no está contemplada en dicho precepto[12]. Cuestión distinta es, como expresamente contempla dicho precepto, los complementos de mínimos, a los cuales sí se les aplica la norma derivada de la UE en toda su extensión, así como las actualizaciones y revalorizaciones de pensiones, también acogidas a la Directiva[13].

Por otra parte, la Directiva se aplica a las discriminaciones que puedan sufrir en los sistemas legales de Seguridad Social las personas transexuales. Lo cual guarda coherencia con el ámbito jurídico-laboral. En efecto, el Tribunal de Justicia había declarado que la discriminación que sufren estas personas era por razón de sexo[14]. Por consiguiente,

11 *"La presente Directiva se aplicará…b) a las disposiciones relativas a la ayuda social , en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes contemplados en la letra a) o a suplirlos"*.

12 Expresando esta idea, asuntos C-63/91 y C-64/91, *Jackson y Cresswell*, sentencia de 16 julio 1992.

13 Asunto C-123/10, *Brachner*, sentencia de 20 octubre 2011.

14 Asunto C-13/94 *P c. S y Cornwall County Council*, sentencia de 30 abril 1996, en relación con el despido de una persona transexual con ocasión de una cirugía de cambio de sexo: "*el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado*". Sobre este tema, CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a*

consideró que "*en atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado*"[15]. En un caso próximo, se planteó el problema de que, pese a la cirugía, la persona interesada, que igualmente había nacido de sexo masculino, no pudo inscribir su cambio al femenino porque no había anulado el matrimonio con su mujer por consideraciones religiosas[16]. Sin embargo, el Tribunal recordó que los Estados, al ejercer sus competencias, deben respetar el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones relativas al principio de no discriminación. Por lo tanto, a los efectos de la aplicación de la Directiva 79/7/CEE, deben considerarse como personas que han cambiado de sexo a las personas que hayan vivido durante un período significativo como personas de un sexo distinto del de su nacimiento y que se hayan sometido a una operación de cambio de sexo. Es decir, el Tribunal configura un concepto autónomo y *ad hoc*, que se impone a los que haya establecido cada Estado miembro.

Para llegar a la conclusión de que las personas afectadas en ambos asuntos debían acceder a la pensión de jubilación a la misma edad a la que lo hacían quienes habían nacido mujeres, había que sobrepasar el requisito de la pertinencia del tercero de comparación. En efecto, era claro que se había producido un trato peyorativo a las personas transexuales que habían accedido al sexo femenino en relación con las mujeres pues a éstas se les reconocía el derecho a jubilarse a una

la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral, Bomarzo (Albacete, 2014) p. 156.

15 Asunto C-423/04, *Richards*, sentencia de 27 abril 2006, relativa a la diferente edad de jubilación entre mujeres y hombres, otro asunto al que se prestará atención más adelante. En este caso, la interesada pretendía jubilarse a la edad correspondiente a las mujeres -anterior de la que correspondía a los hombres- pues, aunque había nacido como hombre, y así figuraba en su partida de nacimiento, se le diagnosticó una disforia de sexo y, a la edad de 59 años, se sometió a una operación quirúrgica de cambio de sexo.

16 Asunto C-451/16, *MB*, sentencia de 26 junio 2018. Alegaba el Gobierno del Reino Unido que el régimen jurídico del cambio de sexo y del matrimonio corresponde a cada Estado Miembro, como competencias relativas al estado civil de las personas. El problema residía en que el Derecho británico no admitía el matrimonio entre personas del mismo sexo. De ahí que condicionase el reconocimiento de una pensión estatal a la anulación del matrimonio anterior a la cirugía de cambio de sexo. Pero, como expresa la sentencia, esa finalidad nada tenía que ver con el régimen de la pensión de jubilación.

edad anterior a la prevista para los varones. A este respecto, el Tribunal entiende que la situación de una persona transexual que se ha sometido a una cirugía para pasar a ser mujer y está casada es comparable a la de una mujer que está casada, de tal modo que no puede imponérsele a aquélla un requisito -anular el matrimonio- que no se le impone a ésta. En ese sentido, la sentencia expresa que no se requiere que las situaciones sean idénticas, sino que es suficiente con que resulten análogas.

Por lo demás, claramente esta Directiva no se aplica en cuanto a la orientación sexual. En efecto, el tema no se ha planteado abiertamente en ninguna sentencia, pero sí que se han reconducido a la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en contraposición con el art. 157 TFUE y con la Directiva 2006/54/CE, los asuntos sobre pensiones profesionales en los que se dilucidaba una posible discriminación por orientación sexual[17].

3. Discriminaciones directas e indirectas

De conformidad con el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE, el principio de igualdad de trato debe suponer la inexistencia de discriminaciones directas e indirectas. Ahora bien, la norma no define ambos conceptos, que han ido desarrollándose, así pues, a través de la jurisprudencia del TJUE, aunque, a medida que se han codificado en otras Directivas, lógicamente la jurisprudencia se ha basado en las mismas, si bien siempre teniendo en cuenta el específico ámbito de los regímenes legales de Seguridad Social. Como va a comprobarse, esto último ha propiciado un importante sesgo de flexibilización, de tal modo que se admiten justificaciones a las discriminaciones indirectas que tal vez no se aceptarían en otros ámbitos objetivos.

En cuanto a las discriminaciones directas, los problemas se plantean, principalmente, en torno, por una parte, a la pertinencia del tercero de comparación y, por otra, a las derogaciones al principio de igualdad que establece o autoriza a los Estados Miembros, particularmente en

17 En este sentido, vg., asunto C-267/06, *Maruko*, sentencia de 1 abril 2008 y asunto C-443/15, *Parris*, sentencia de 24 noviembre 2016.

sus arts. 4 y 7. Antes de lo cual, y al margen de ambos asuntos, debe apelarse al carácter en principio injustificable de aquéllas, de tal modo que un Estado no puede apelar a dificultades prácticas, económicas o administrativas para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos concedidos por las Directivas de la UE. En particular, en cuanto a los problemas económicos, los Estados Miembros deben adoptar las medidas que sean precisas para superarlos[18].

En cuanto al tercero de comparación, el Tribunal de Justicia ha expresado que el carácter comparable de las situaciones no debe analizarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, a la vista de todos los elementos que las caracterizan, en particular a la luz del objeto y finalidad de la norma posiblemente discriminatoria. En este sentido vg., si el objetivo de una norma consiste en la aportación demográfica a la Seguridad Social, difícilmente podrá pretenderse que hombres y mujeres están en situación distinta y que no existe discriminación en una norma que trata a ambos de forma diferenciada, pues es claro que los primeros están en una situación comparable en relación con las segundas. Por el mismo motivo, las personas de ambos sexos están en situación análoga en cuanto a que el cuidado de hijos afecta a las carreras profesionales. En efecto, este argumento podría utilizarse cuando se tratase de una discriminación indirecta, pero no en presencia de una discriminación directa, porque, como expresa el Tribunal, las diferencias estructurales en los importes de las prestaciones de Seguridad Social entre ambos sexos no son argumento suficiente para negar que hombres y mujeres se encuentran en situación comparable[19]. En realidad, y como síntesis, al margen de las medidas a las que apela el art. 157.4 del TFUE y del estricto ámbito del embarazo y de la maternidad, es complejo admitir que hombres y mujeres no se encuentran en situación comparable cuando se dilucida una controversia relativa a una discriminación directa.

Por lo que respecta al ámbito de las derogaciones contempladas en la Directiva 79/7/CEE, cuando una diferencia de trato se califica como

18 Véase asunto C-187/988, *Comisión y República Helénica*, sentencia de 28 octubre 1999, y sentencias en ella citadas.

19 Sobre este particular, asunto C-450/18, *WA*, sentencia de 12 diciembre 2019.

una discriminación directa -a cuyo efecto, a falta de otra definición, hay que estar a la prevista en el art. 2.1 de la Directiva 2006/54/CE- solo es justificable en los casos que, con carácter exhaustivo, prevé la propia Directiva 79/7/CEE, los cuales, además, deben interpretarse con carácter restrictivo. Por lo tanto, no cabe extender las derogaciones a otros distintos, ni introducir en éstos otros motivos distintos que justifiquen el diferente trato[20]. Por supuesto, algo parecido sucede en cuanto a los regímenes legales de funcionarios, con el aditamento de que en ellos no se contemplan, como ya se ha advertido, la mayoría de dichas derogaciones. En este sentido, la fijación de edades diferentes de jubilación para hombres y mujeres constituye una regla directamente discriminatoria contraria al art. 5 a) de la Directiva 2006/54/CE. Por lo demás, y como parece obvio, esa diferente edad, cuando implica -como ha implicado tradicionalmente en varios sistemas europeos de Seguridad Social- que las mujeres pueden acceder al retiro a una edad más temprana que los hombres, no es susceptible de ampararse en el art. 157.4 TFUE. Pues, como parece evidente, no constituye una medida que ofrezca ventajas concretas para evitar o compensar desventajas en las carreras profesionales femeninas[21].

Todavía en cuanto a la discriminación directa, debe profundizarse algo más en el margen de apreciación que corresponde a los Estados miembros a fin de mantener algunas derogaciones de las previstas, en particular en el art. 7 de la Directiva 79/7/CE. A este respecto, se han invocado en diversas ocasiones razones de política social que justifican un diferente trato a hombres y mujeres. Las cuales se ha examinado con rigor, en particular cuando se trata no exactamente de las pensiones de jubilación a la que alude el art. 7 a), sino de "*las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones*". Para que pueda prevalecer en estos casos la diferencia de trato entre hombres y mujeres se requiere que sea necesaria para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social o para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y las demás

20 Asuntos C-318/13, *X*, sentencia de 3 septiembre 2014 y C-451/16, *MB*, sentencia de 26 junio 2018.

21 Como se expresa en el asunto C-192/18, *Comisión y República de Polonia*, sentencia de 5 noviembre 2019. La misma idea en el asunto C-450/18, *WA*, sentencia de 12 diciembre 2019.

prestaciones[22].

A mayor abundamiento, las excepciones al principio de igualdad de trato que incluye la Directiva se interpretan, como ya se ha expresado, en términos tendencialmente restrictivos. En este sentido, conceptos como "*interrupción de empleo debid[a] a la educación de los hijos*" (art. 7 b) o "*disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad*" han sido consistentemente entendidos en su estricta literalidad[23].

Ya en referencia a la discriminación indirecta, se ha insinuado anteriormente que la jurisprudencia reciente apela al concepto del art. 2 de la Directiva 2006/54/CE. Ahora bien, a pesar de que, desde la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 septiembre 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, se optó por una definición que prescinde de la proporción concreta de mujeres y hombres[24], ciertamente la prueba estadística ha mantenido un fuerte protagonismo, que se traduce en un importante esfuerzo argumentativo del TJUE acerca de la procedencia y suficiencia de la misma. Realmente, la doctrina judicial insiste en que la discriminación indirecta puede probarse a través de otros medios, pero los datos estadísticos han tenido un gran predominio, siempre y cuando el método de comparación utilizado no se refiera a fenómenos o circunstancias casuísticas y coyunturales. En todo caso, corresponde el órgano judicial competente valorar en qué medida los datos estadísticos aportados representan válidamente la situación de la mano de obra y, por consiguiente, pueden considerarse fiables. A tal respecto, por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha expresado que el mayor o menor porcentaje de feminización debe referirse al específico ámbito en el que se proyecta la norma, práctica

22 Así se pronuncia el Tribunal, vg., en el asunto C-303/02, *Haackerts*, sentencia de 4 marzo 2004.

23 Un buen ejemplo en asunto C-450/18, *WA*, sentencia de 12 diciembre 2019.

24 En contraste con la que contenía el art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 diciembre 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo: "*a efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*".

o regla de empresa que produce una determinada desventaja[25]. Por lo tanto, el mejor método de comparación consiste en confrontar las proporciones respectivas de trabajadores de uno y otro sexo a los que les afecta y a los que no les afecta la supuesta diferencia de trato entre colectivos[26]. Por otra parte, es importante que incluso se aquilate correctamente el ámbito estadístico a la vista de las circunstancias, pues también a este respecto una selección incorrecta produce un claro falseamiento de las conclusiones[27]. Lo cual tiene su importancia, pues una selección incorrecta de los datos conducirá a que no podrá acreditarse la desventaja que la norma o el criterio produce en contra de las mujeres[28].

25 Por ejemplo, en el caso del trabajo a tiempo parcial, si una concreta regla produce un impacto adverso en el trabajo a tiempo parcial reducido, no es suficiente con acreditar que las mujeres prestan servicios a tiempo parcial en porcentaje superior a los hombres, sino que esa sobre-representación debe probarse en ese concreto umbral del trabajo a tiempo parcial reducido. Así, asunto C-161/18, *Láiz*, sentencia de 8 mayo 2019.

26 El problema del método de cálculo fue objeto de argumentación por parte del TJUE en el asunto C-843/19, *BT*, sentencia de 21 enero 2021. Se trataba del caso del acceso a la jubilación anticipada en España que, cuando es voluntaria, exige que la persona beneficiaria alcance el importe de la pensión mínima sin necesidad de acogerse a complemento de mínimos. Tal regla, evidentemente, afectaba en gran medida a las personas incluidas en el sistema especial de Seguridad Social de empleados del hogar, abrumadoramente feminizado. Sin embargo, el ámbito razonable de la prueba estadística no residía en dicho sistema especial, sino en el mucho más amplio del Régimen General de Seguridad Social.

27 De nuevo vale la cita ejemplificativa del asunto C-843/19, *BT*, sentencia de 21 enero 2021. Expresa el Tribunal que no valdría en ese caso el número de personas de uno y otro sexo que han solicitado la pensión de jubilación anticipada y se les ha denegado por no alcanzar dicho umbral de pensión mínima. En efecto, es evidente que la inobservancia de ese requisito produce que un gran contingente de personas ya no formalice su solicitud. Por lo tanto, el ámbito correcto de recogida de datos debe referirse al número de personas jubiladas que perciben el complemento de mínimos, en cuyo colectivo hay que comprobar los porcentajes comparados de hombres y de mujeres. Es decir, verificar qué porcentaje de personas de cada sexo, en relación con el total de personas jubiladas de cada uno de ellos, cobra el referido complemento. Ahora bien, debe considerarse que existe otro requisito para el acceso a la jubilación anticipada, que consiste en reunir un período mínimo de cotización de 35 años. Por lo tanto, hay que aislar que el motivo de la denegación consista en el referido de no alcanzarse la cuantía de la pensión mínima y no en incumplir el requisito de los 35 años cotizados. A tal efecto, hay que calcular qué porcentaje total de nuevas jubiladas mujeres en un determinado período han superado los 35 años de cotización y perciben complemento de mínimos y qué porcentaje de nuevos jubilados hombres en el mismo período se encuentran en la misma situación. Si el primero es considerablemente superior, cabría suponer que el requisito de alcanzar la pensión mínima constituye una discriminación indirecta.

28 Eso fue exactamente lo que sucedió en el asunto C-527/2013, *Cachaldora Fernández*, sentencia de 14 abril 2015. Se dilucidaba la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente por

Admitida la desventaja particular de un sexo en relación con el otro, se entra en el contexto de las posibles justificaciones. También a este respecto se ha proyectado cierta doctrina en cuanto a la Directiva 79/7/CEE. Se ha expresado, por ejemplo y con cierta reiteración, que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de elegir las medidas que les permitan alcanzar los objetivos de su política social y de empleo, aunque a ellos incumbe demostrar que la norma, criterio o práctica controvertidos responden a un objetivo legítimo de su política social[29]. En realidad, se trata de una doctrina muy próxima a la que se proyecta en relación con las discriminaciones directas admitidas por el art. 7 a) en relación con otras prestaciones diferentes de la jubilación pero que son consecuencia de la distinta edad establecida transitoriamente para ésta en algunos Estados.

Finalmente, tanto en cuanto a la discriminación directa como a la indirecta, debe precisarse que, mientras el sistema de Seguridad del que se trate no establezca medidas de restablecimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el respeto de este principio solo puede garantizarse concediéndoles a las personas de la categoría perjudicada las mismas ventajas que disfrutan las personas de la categoría privilegiada[30].

enfermedad común en un caso en el que, anteriormente a un período de no cotización, se ubicaba un contrato a tiempo parcial. De conformidad con la normativa interna española, ese período de cotización se integraba con una cotización ficticia derivada de la anterior producida por el contrato a tiempo parcial y, por lo tanto, más reducida que si el contrato precedente hubiera sido a jornada completa. Es claro que el porcentaje de trabajadoras a tiempo parcial es más elevado que el de trabajadores a tiempo parcial, pero eso no implica que tal medida desfavorezca a las mujeres. Más bien produce un efecto aleatorio. La única estadística adecuada sería aquella que acreditase que era un porcentaje mayor el de afectadas que el de afectados por esa sucesión entre contrato a tiempo parcial y laguna de cotización. Es más, la regla resulta favorable a las personas que tienen un período de laguna posterior a un contrato a jornada completa y anterior a otro a tiempo parcial. En este sentido, la feminización general del trabajo a tiempo parcial no acredita un perjuicio hacia las mujeres por la aplicación de la regla discutida.

29 Asunto C-123/19, *Brachner*, sentencia de 20 octubre 2011. No puede justificarse, en este sentido, la exclusión de un colectivo feminizado de una revalorización de las pensiones por los argumentos de que las mujeres cobran más tiempo la pensión, o que hayan cotizado menos al sistema, o que tengan mayor esperanza de vida, pues la revalorización se dirige a mantener el poder adquisitivo de las pensiones. Por lo tanto, no puede valer la justificación de que la norma pretende salvaguardar el equilibrio económico entre las cotizaciones y las prestaciones.

30 Expresando esta doctrina, asunto C-401/11, *Soukupová*, sentencia de 11 abril 2013, y jurisprudencia en

4. Los principales Problemasplanteados en relación con el trabajo a tiempo parcial

No hace falta insistir más en la feminización general y evidente del trabajo a tiempo parcial. En realidad, la doctrina del Tribunal de Justicia ya lo ha puesto de manifiesto, a partir de la clásica sentencia *Jenkins*[31]. Las discriminaciones indirectas por razón de sexo, tanto en el empleo y en la ocupación como en los regímenes legales de Seguridad Social, encuentran en él uno de los paradigmas más evidentes. Y, como no podía ser de otro modo, la Directiva 79/7/CE es un campo fértil para el juego de las mismas, en aplicación, particularmente, de su art. 4.1.

Podría resultar casual, aunque más bien parece producto de unas reglas especialmente conflictivas en cuanto al cálculo de las prestaciones públicas, que la práctica totalidad de asuntos en torno al trabajo a tiempo parcial que haya producido esta Directiva tengan su origen en cuestiones planteadas por órganos judiciales españoles. Por seguir una pauta cronológica, que además permite sintetizar los problemas, debe aludirse primeramente al asunto *Elbal Moreno*[32]. Se trataba en él del problema del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación en aplicación de la legislación previa a la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. El asunto se refería a una trabajadora de la limpieza que prestaba sus servicios durante cuatro horas a la semana, esto es, un 10 por 100 de la jornada máxima legal en España. Como es bien conocido, al amparo de dicha legislación, el cálculo de la carencia se realizaba en función de las horas trabajadas, de tal forma que el número de días de cotización acreditados era proporcional al porcentaje de jornada desarrollada, aunque con posterioridad se le aplicaba un coeficiente multiplicador de 1,5.

El TJUE, después de aclarar que en esta controversia no se aplicaba el art. 157 del TJUE, sino la Directiva 79/7/CEE, pone de relieve que ese sistema de cómputo perjudicaba a los trabajadores a tiempo parcial

ella citada.

31 Asunto 96/80, sentencia de 31 marzo 1981.

32 Asunto C-385/11, sentencia de 22 noviembre 2012.

en situación similar a la demandante en el litigio principal, es decir, a quienes durante mucho tiempo han realizado un trabajo a tiempo parcial reducido. Y, como quiera que en España el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial estaba constituido en un 80 por 100 de mujeres, el Tribunal consideró holgadamente probada la causación de un perjuicio en contra de las mujeres. En cuanto a la justificación de política social esgrimida por el Gobierno español y por la entidad gestora de Seguridad Social relativa a la garantía del equilibrio financiero del sistema, el Tribunal lo desechó, porque también las personas que trabajaban a tiempo parcial cotizaban y, además, sus prestaciones en todo caso se calcularían en función de las cotizaciones pagadas, de modo que serían más reducidas que las que disfrutaran en condiciones homologables quienes hubieran trabajado y cotizado a jornada completa. Por lo demás, la medida correctora del coeficiente 1,5 no tenía en menor efecto positivo en la situación de las personas que trabajaban en un régimen de jornada similar al de la trabajadora demandante en el litigio principal[33].

El asunto *Elbal Moreno* tiene un punto y seguido, que conduce inmediatamente al asunto *Villar Láiz*[34], en el que se enjuiciaba el aun -al menos formalmente- sistema vigente, recogido en los arts. 245 a 248 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social. De nuevo, el TJUE considera el sistema español -en este caso, el procedente de la Ley 1/2014, de 28 febrero- incompatible con el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CE, con la consecuencia evidente de que hay que inaplicarlo y calcular la pensión de jubilación como si la persona afectada trabajara a jornada completa, aunque utilizando las bases por las que hubiera cotizado, potencialmente más reducidas que si hubiera prestado servicios a jornada completa.

En efecto, el régimen legal español persiste en el vicio de que los períodos de cotización se calculan en función de las horas realmente trabajadas. Cierto es que al número de días resultante se le aplica un

33 En realidad, esta sentencia constituyó la clave en la posterior modificación de la Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial producida en 2014. Que la EdeM de la Ley 1/2014, de 28 febrero, solo se refiera como desencadenante a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 marzo constituye una injusta omisión. Seguramente, sin el asunto *Elbal Moreno*, el devenir de los acontecimientos hubiera sido muy distinto.

34 Asunto C-161/18, sentencia de 8 mayo 2019.

coeficiente de parcialidad que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial efectivamente realizado por el trabajador de que se trate y el desarrollado por un trabajador a tiempo completo comparable. Finalmente, el número de días cotizados se multiplica por un coeficiente 1,5. La aplicación de esta metodología producía que, en el asunto planteado ante el TJUE, la interesada debiera cobrar un 53 por 100 de la base reguladora. No obstante, el Tribunal insiste en que el hecho de calcular la base reguladora a partir de salarios proporcionales a la jornada realizada permite ya lograr el objetivo de salvaguardar la viabilidad de un sistema de seguridad social de tipo contributivo con base en el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, el sistema español, aunque pueda justificarse por motivos de política social, va más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo, pues representa, para el grupo de personas que trabajaron a tiempo parcial reducido -esto es, 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 si se tomara en consideración únicamente su jornada de trabajo *pro rata temporis*.

Por supuesto, ha habido una clara evolución entre el sistema previo a la Ley 1/2014, de 28 febrero, y el instaurado por ésta, y que se refleja en la diferente situación que padecían la señora Elbal Moreno y la señora Villar Láiz. A la primera, las reglas aplicables le producían una imposibilidad de acceso a la pensión. A la segunda, una pensión menor que la resultante si se aplicase sin más el principio de proporcionalidad a causa de unos salarios más reducidos derivados de la parcialidad del contrato. Puede decirse que son ambos efectos característicos de sus respectivas normativas. Sin embargo, los dos reflejan una discriminación indirecta por razón de sexo. Claro que en toda esta ecuación no ha entrado en juego, sino que ha permanecido como un espectador silencioso, el asunto del complemento de mínimos, que, en cuanto a las consecuencias del asunto *Villar Láiz*, altera, al menos parcialmente, esa consecuencia desfavorable.

Corresponde ahora formular un breve comentario a un asunto anterior, no relativo exactamente a tiempo parcial, sino a reducción de

jornada por guarda legal[35]. Se trataba de una mujer a la que, estando en situación de reducción de jornada por guarda legal, se le califica una incapacidad permanente total por contingencias comunes. En el cálculo de la base reguladora, había que incluir bases de cotización en esa situación, de tal forma que el importe de la pensión se reducía en virtud de tales circunstancias. El órgano interno competente planteaba que las mujeres optan mucho más frecuentemente que los hombres por disfrutar períodos de reducción del horario de trabajo para dedicarse al cuidado y educación de sus hijos.

El TJUE admite hipotéticamente que puede existir una discriminación indirecta por razón de sexo. Sin embargo, neutraliza esta posibilidad con el argumento discutible de que la persona en reducción de jornada se encuentra en una situación específica, no asimilable a la del hombre o mujer que trabajan a jornada completa. Por otra parte, la aplicación de bases reguladoras producidas en dicha situación es conforme con el principio de proporcionalidad -*pro rata temporis*- y, por lo tanto, resulta un criterio objetivo y ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo. Ya en referencia explícita a la Directiva 79/7/CE, la sentencia apela al art. 7.1 b), que habilita a los Estados Miembros a excluir de su ámbito de aplicación "*la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos*". De cuya redacción concluye, con cita de doctrina anterior, que la normativa referente a la adquisición de los derechos a las prestaciones de Seguridad Social en los períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos constituye competencia de los Estados Miembros.

Aparentemente, la solución a la que llega el Tribunal es razonable. Sin embargo, merece dos comentarios concretos: por un lado, es sumamente discutible que una persona en reducción de jornada no puede alegar como tercero de comparación a quien no se ha acogido a este derecho. O, incluso, cabe plantear la posibilidad de acudir al tercero hipotético, configurado por la misma persona interesada q u e no hubiera solicitado el derecho parental. Sin duda, y como ya se ha discutido anteriormente, no es nada pacífico el tema del tercero de

35 Asunto C-537/07, *Gómez-Limón*, sentencia de 16 julio 2009.

comparación. Sin embargo, no parece congruente expresar que no se exige identidad absoluta de situaciones y, al mismo tiempo, rechazar en este caso la idoneidad del comparador alegado. Por otro lado, el problema de la adquisición de derechos a las prestaciones durante las interrupciones por motivos de crianza y educación de hijos y los límites de las competencias de la UE y de los Estados Miembros constituye una controversia de difícil deslinde, como va a analizarse en relación con el asunto *WA*.

La prestación por desempleo también ha producido ciertos problemas derivados de su devengo desde una situación de trabajo a tiempo parcial. El primero de los asuntos planteados hace referencia a los límites máximo y mínimo de la prestación contributiva que, de acuerdo con el art. 270 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, se aplican en función del promedio de horas trabajadas a lo largo de los últimos ciento ochenta días[36]. En el asunto principal, la trabajadora demandante se había visto afectada por un despido colectivo y, por aplicación de esa regla legal, se le topó en una cantidad inferior a la que resultaría de aplicar sin más el porcentaje aplicable a la base reguladora. En estas circunstancias, el órgano remitente de la cuestión prejudicial argumenta que la aplicación de la norma tiene como resultado un trato desfavorable hacia las personas que trabajan a tiempo parcial en relación con las que trabajan a jornada completa.

Sin embargo, el Tribunal, por auto, considera que no se ha acreditado la causación de una discriminación indirecta. En efecto, solo afecta a quienes, habida cuenta de la retribución que percibían en activo, alcanzan ciertas cuantías que determinan la aplicación de los topes máximos de la prestación. Por lo tanto, los datos estadísticos generales relativos al colectivo de personas que trabajan a tiempo parcial considerados en su totalidad no permiten demostrar que dicha disposición afecta a un número mayor de mujeres que de hombres. En esas condiciones, y con cita expresa de la sentencia del asunto

36 Se trata del asunto C-137/15, *Plaza Bravo*, auto de 17 noviembre 2015. Aunque hay que precisar que se planteó bajo la vigencia del antiguo texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por RD-legislativo 1/1994, de 20 junio. Lo cual en modo alguno afecta al fondo del asunto.

Cachaldora Fernández[37], concluye que el art. 4.1 de la Directiva no se opone al referido precepto de la Ley General de Seguridad Social. Es más, expresa el Tribunal a mayor abundamiento, incluso los topes de la norma podrían ser más perniciosos para los trabajadores a tiempo completo que para los trabajadores a tiempo parcial.

Se trata, así pues, de una resolución que obliga a afinar más los datos estadísticos que se aplican. Aunque, desde luego, no soluciona el fondo del asunto. En mi opinión, es fútil el argumento de que los topes del referido art. 270 pueden perjudicar más a los trabajadores a jornada completa. Tal vez sea así esporádicamente, pero en términos generales, la norma conduce a que se aplique con más rigor en el ámbito del trabajo a tiempo parcial. Despejado lo cual, parece claro que el órgano interno debería poner en cuestión la aplicación de dicho precepto si, en efecto, también en el contexto de quienes tengan bases reguladoras más elevadas el trabajo a tiempo parcial está feminizado.

Más repercusión ha tenido el asunto *Espadas Recio*[38], que se plantea la diferencia de trato entre el trabajo a tiempo parcial "horizontal" y "vertical". Es decir, entre los casos de trabajo diario por menos horas que las que desarrolla el trabajador a jornada completa comparable y trabajo que se desarrolla unos días sí y otros no. En ambas situaciones, es posible que el número de horas trabajadas al mes sea el mismo y que, en consecuencia, la retribución sea asimismo idéntica. Sin embargo, una norma reglamentaria, el art. 3.4 del Reglamento de Protección por Desempleo (RD 625/1985, de 1 abril) trata de forma absolutamente dispar esas situaciones a los efectos de la duración de la prestación por desempleo. En efecto, expresa que cada día trabajado se computará como día trabajado, cualquiera que sea el número de horas trabajadas. De tal modo que, en el caso del tiempo parcial "horizontal", en el cálculo del número de días cotizados se incluirán todos aquellos en que se haya trabajado, con independencia del número de horas. Por el contrario, no será así en el "vertical", con respecto al cual se excluyen los días no trabajados del cálculo de los días cotizados. Lo cual se traduce, claramente, en un evidente perjuicio en detrimento de quienes trabajen

37 Cit.

38 Asunto C-98/15, sentencia de 9 noviembre 2017.

en este último régimen, pues la duración de la cobertura será muy inferior.

La sentencia distingue este caso del resuelto en el asunto *Cachaldora Fernández* para poner de manifiesto que los datos estadísticos eran concluyentes para apreciar una discriminación indirecta. Pues claramente la norma es perjudicial a todas aquellas personas que trabajan en régimen de trabajo a tiempo parcial "vertical". Además, se había acreditado que también en el contexto específico de esta modalidad de trabajo a tiempo parcial vertical se producía una clara feminización, en porcentajes próximos a los generales de esta modalidad de contrato.

Por consiguiente, el Tribunal entiende que la medida reglamentaria no parece adecuada para garantizar una correcta correlación entre las cotizaciones pagadas y los derechos que el trabajador puede reclamar en materia de prestación por desempleo. De modo que la norma española es incompatible con el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE. Pese a lo cual, tampoco esta norma ha sido derogada, sino que permanece formalmente vigente, aunque, como es obvio, debe ser necesariamente inaplicada.

Como reflexión de cierre, la relación del trabajo a tiempo parcial con la discriminación indirecta por razón de sexo en materia de Seguridad Social ha sido el asunto que más cuestiones prejudiciales ha planteado en relación con el sistema interno español. Sin duda, la regulación de las prestaciones sociales establecida para estos contratos constituye uno de los aspectos más discutibles del sistema Español, que se ve en la tesitura de una importante reforma al respecto, para homologarse con las exigencias procedentes de la UE[39].

39 En un ámbito de consideraciones próximo, hay que citar el reciente auto de 3 marzo 2021, asunto C-841/19, *JL*, relativo a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial a la vista del art. 33 ET. Se trata de que este precepto ha sido interpretado por la doctrina judicial interna en el sentido de que los topes máximos de garantía se aplican, para el caso del trabajo a tiempo parcial, en proporción a la jornada realizada. Evidentemente, como es un tema de salarios, no se aplica la Directiva 79/7/CEE, sino la Directiva 2006/54/CE. El Tribunal entiende que no se produce discriminación indirecta, sino simple aplicación del principio *pro rata temporis*, sin que pueda apreciarse ningún tipo de "doble reducción", como se expresaba en la cuestión prejudicial. De tal modo que no hay vulneración de los arts. 2 y 4 de dicha Directiva, pues en diversos pronunciamientos, oportunamente citados en el auto, se admite expresamente la utilización del referido principio.

5. La discriminación por razón de sexo en la edad de jubilacióN

A este respecto, diversos Estados miembros contemplaban tradicionalmente distintas edades de jubilación para mujeres y para hombres, de tal forma que aquéllas podían jubilarse en épocas más tempranas. Este es el motivo del art. 7.1 a) de la Directiva 79/7/CEE, que admite que los Estados puedan excluir de su ámbito de aplicación "a) *la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación , y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones*". La doctrina del Tribunal de Justicia ha insistido con reiteración en la necesaria interpretación restrictiva de esta excepción, precisamente a partir de su origen causal: se trataba de autorizar el mantenimiento temporal de las ventajas concedidas a las mujeres, para permitir una modificación progresiva de los sistemas de pensiones sin perturbar su equilibrio financiero[40].

Las controversias fundamentales se plantean, sobre todo, en relación con las consecuencias que se derivan de la diferente edad en la jubilación. Muy en particular, se suscitan asuntos transitorios que afectan a sistemas internos concretos cuando suprimen la diferencia de edad. En general, se ciega la posibilidad de que las mujeres puedan jubilarse más tempranamente que los hombres, lo cual suele ser una medida de implantación progresiva. Además, en tal caso hay que revisar las reglas relacionadas con la jubilación ordinaria, de tal forma que se establecen normas igualmente transitorias para la jubilación anticipada que disponen tratamientos diferenciados para ambos sexos que, si están adecuadamente justificados y resultan proporcionados, no se declaran contrarios a dicho art. 7.1 a)[41]. Eso sí, solo en el caso de que se mantengan edades de jubilación diferenciadas entre ambos sexos es posible mantener modos de cálculo distintos para las pensiones

40 Véase, en este sentido, asunto C-172/02, *Bourgard*, sentencia de 30 abril 2004, y doctrina en él citada. El pronunciamiento describe el proceso de convergencia de edades de jubilación entre ambos sexos en Bélgica, culminada en 2009.

41 Así, vg., asunto C-172/02, *Bourgard*, sentencia de 30 abril 2004. Un caso en que se consideró contraria a la Directiva 79/7/CEE un sistema que ponía más trabas al cese anticipado en las explotaciones agrarias y establecía requisitos mayores que los exigidos para el caso de los hombres, en asunto C-401/11, *Soukupová*, sentencia de 11 abril 2013.

de hombres y mujeres[42]. Por lo demás, distintas reglas que mantienen diferencias derivadas de la necesidad de superar situaciones anteriores se admiten tan solo en la medida de que se dirijan, como ya se ha expresado, a la consecución de objetivos de política social y de que las medidas adoptadas sean adecuadas[43].

Esta adecuada justificación coherente con el principio de proporcionalidad se basa fundamentalmente en dos criterios: que las discriminaciones sean objetivamente necesarias para evitar que se ponga en riesgo el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social o que se requieran para mantener su coherencia interna. Sobre una y otra alternativa se ha pronunciado con cierta profesión el Tribunal de Justicia, con respuesta variadas a reglas asimismo heterogéneas[44].

42 Asuntos acumulados C-377/96 a C-384/96 *De Vriendt y otros*, sentencia de 30 abril 1998, y doctrina en ella citada.

43 Desde este prisma actuó el Tribunal en los asuntos acumulados C-231/06 a C-233/06, *Jonkman y otras*, sentencia de 21 junio 2007. El asunto consistía en que las mujeres, al estar excluidas de un régimen especial belga de pensiones, no habían cotizado al mismo. Para superar esa situación, una reforma legal de los años noventa del siglo anterior las incluyó, siempre que abonaran, en pago único, una cotización de regularización a la que se sumaba un 10 por 100 en concepto de intereses. El Tribunal de Justicia consideró que era adecuado pagar las cotizaciones de regularización, pero el tipo del 10 por 100 era considerablemente elevado y, además, la exigencia de que el pago se realizase de una sola vez hacía muy onerosa o especialmente difícil la regularización legalmente prevista. Por lo tanto, ambas exigencias eran contrarias a la Directiva 79/7/CEE.

44 Por ejemplo, en relación con el mantenimiento de la coherencia del sistema asunto C-196/98, *Hepple y otras*, sentencia de 23 mayo 2000, referido a la progresiva supresión de una prestación británica que consistía en una asignación para compensar la reducción de salarios como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional y que las mujeres cobraban en cuantía inferior a los hombres. Lo cual se consideró congruente con la normativa transitoria que se encaminaba a la supresión de la diferente edad de jubilación. Contrariamente, en el asunto C- 104/98, *Buchner y otros*, sentencia de 23 mayo 2000, se declaró incompatible con el art. 7.1 a) una norma austriaca que exigía a los hombres alcanzar la edad de 57 años para obtener una prestación de vejez anticipada por invalidez y a las mujeres la de 55 años. El Tribunal argumentó que no era estrictamente una prestación de jubilación, pues requería una enfermedad, una dolencia o una merma de las capacidades físicas o mentales. Pero que, en verdad, constituía una consecuencia de la diferente edad de jubilación. Sin embargo, aunque podría predicarse que afectaba al presupuesto de la Seguridad Social, no eran bastantes consideraciones de índole presupuestaria si no estaba en peligro el equilibrio financiero de la Seguridad Social. Por lo demás, el único vínculo entre esa prestación y la jubilación consistía en que ésta sustituía a aquélla cuando la persona afectada alcanzaba la edad de jubilación, de modo que tampoco estaba en cuestión la coherencia interna del sistema. Sin embargo, en el asunto C-303/02, *Haackert,* sentencia de 4 marzo 2004, referida a una prestación austriaca muy similar, de vejez anticipada por desempleo, el Tribual

Ya en cuando a una sentencia relativa a discriminaciones indirectas, debe hacerse referencia al asunto *BT*[45]. Al margen de la discusión del ámbito correcto de aportación de la prueba estadística, en ella se concede un interesante espacio de reflexión acerca de las justificaciones basadas en objetivos legítimos de política social. El TJUE apela al amplio margen de apreciación que a este respecto debe serles reconocido a los Estados Miembros. Para exigir en el caso de la jubilación anticipada voluntaria que se alcance la pensión que supere el mínimo que establece la legislación de presupuestos, el Gobierno español argumenta, y el Tribunal acepta, que persigue mantener la viabilidad del sistema de Seguridad Social y alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de vida activa y el transcurrido en situación de jubilación. En efecto, subraya la sentencia que dichos objetivos son conformes con los de la Unión Europea, en particular a la vista de la evolución de la esperanza de vida. No se trata solo de consideraciones de índole presupuestaria, de por sí insuficientes, sino de perseguir de forma coherente y sistemática dichos objetivos. Que se deje al margen de esa regla el caso de las jubilaciones anticipadas involuntarias refuerza, por lo demás, la proporcionalidad de la medida legal. Así pues, por esta vía indirecta el Tribunal da un espaldarazo a una de las reformas más importantes de la Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

declaró que no era contraria al art. 7.1 a) de la Directiva, porque la edad de jubilación fijada a los efectos de la prestación objeto del procedimiento principal y la edad normal de jubilación se encontraban objetivamente relacionadas, puesto que la edad a la cual se adquiría el derecho a la prestación era la misma para ambos sexos, tres años y medio antes de la edad de jubilación. Lo cual es razonable, pero sucedía también, *mutatis mutandis* en cuanto a las circunstancias del asunto *Buchner y otros*. Por su parte, en el asunto C-382/98 *The Queen y Secretary of State for Social Security*, sentencia de 16 diciembre 1999 se declaró contraria al art. 7.1 a) la denegación a un hombre de una ayuda para gastos de calefacción en invierno que no se ligaba a la carencia de rentas –y que, por lo tanto, no era una prestación no contributiva. De acuerdo con la normativa del Reino Unido, se concedía a las personas que habían alcanzado la edad de jubilación, distinta para ambos sexos. Como quiera que el interesado en el asunto principal no la había alcanzado porque era hombre –sí la habría superado en el caso de ser mujer-, el Tribunal de Justicia valoró que ni estaba comprometido el equilibrio financiero del sistema ni éste perdía necesariamente su coherencia al desvincular la edad de jubilación de la edad para percibir esta ayuda.

45 Asunto C-843/19, sentencia de 21 enero 2021.

6. Complementos de pensiones y discriminación. Revalorización y factores actuariales

Sobre este tópico, ha tenido gran repercusión el asunto *WA*[46], referido al complemento por el aporte demográfico que el sistema español de Seguridad Social tan solo les concedía a las mujeres. Se trata de un asunto absolutamente paradigmático de discriminación directa en favor del sexo femenino. O, mejor mirado, y desde una perspectiva material, un refuerzo muy intenso de los estereotipos de género, que da por bueno un papel tradicional de la mujer como cuidadora y responsable de la crianza de hijos. La norma, en realidad, era de articulación técnica muy discutible. El padre de dos hijos, beneficiario de una pensión de incapacidad permanente, solicitó el complemento, en aplicación de la Directiva 79/7/CEE. La denegación, como parecía obvio, se declara por el TJUE contraria al art. 4.1 de la norma comunitaria, por la razón evidente de que los objetivos esgrimidos por el Gobierno español eran predicables igualmente de hombres y mujeres: de un lado, el referido aporte demográfico, de otro la compensación por crianza de hijos. Diferente hubiera sido, como ya se ha apuntado, que se tratase de una discriminación indirecta, en cuyo caso los datos estadísticos entrarían en consideración y podría valorarse que a ellas les ha competido según las convenciones sociales la responsabilidad de cuidado y educación de los hijos.

El Gobierno español había apelado a un objetivo más, consistente en disminuir la brecha de pensiones entre hombres y mujeres, que existe claramente en perjuicio de éstas. El argumento podría ser sólido, si no fuera porque no se refiere a ninguna de las excepciones expresamente consideradas en la propia directiva y porque, en tal caso, la medida no estaría bien formulada, porque se relaciona con la contribución demográfica a partir del número de hijos nacidos. Ni siquiera se exigía que las afectadas hubieran dejado de trabajar en el momento en el que tuvieron sus hijos, de modo que no podía entrar en juego la excepción concreta del art. 7.1 b) de la Directiva[47]. Tampoco existía en la norma

46 Asunto C-450/18, sentencia de 12 diciembre 2019.

47 "*1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de*

un vínculo suficiente como para que pudiese valorarse la aplicación de su art. 4.2[48], pues la norma no era protectora de la maternidad, sino compensadora a causa del aporte demográfico. Y, finalmente, no era aplicable el art. 157.4 del TFUE, pues la regla discutida para nada garantizaba la igualdad de la mujer en el mundo laboral ni le facilitaba el ejercicio de actividades profesionales, sino que solo se aplicaba en su condición de beneficiaria de pensiones.

El complemento así planteado no podía prevalecer. En este caso, por fortuna, el legislador de urgencia tomó cartas en el asunto, en el RD-Ley 3/2021, de 2 febrero. Probablemente, sería admisible, e incluso adecuado, el fin de política social consistente en superar la brecha de pensiones entre mujeres y hombres. Sin embargo, para que pudiese ser sustentable la excepción a la prohibición de discriminación directa hubiera debido estar expresamente contemplada en la Directiva 79/7/CEE.

Ya en el campo de las discriminaciones indirectas, ha tenido una importancia y repercusión notable el asunto *Brachner*[49], no referida tanto a un complemento, sino a una revalorización de pensiones, de acuerdo con la legislación de la República de Austria. El tema de fondo se refería al incremento anual de las pensiones, que para el año 2008 establecía uno mucho menor para las pensiones menores a una cierta cuantía, cuyo importe reducido se derivaba de que no procedía suplementarlas a causa de la pensión que percibían sus cónyuges. Evidentemente, se trataba de una situación que afectaba a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres.

El Tribunal expresa, con cita de doctrina suya anterior, que está justificado tomar en cuenta las pensiones del cónyuge para dilucidar la pertinencia de conceder un suplemento a la pensión inicial o no hacerlo[50], pero no por ello debe considerarse necesariamente

aplicación… b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos".

48 "*El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad*".

49 Asunto C-123/10, sentencia de 20 octubre 2011.

50 De hecho, su art. 7.1 d) expresa que "*la presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados*

adecuada una revalorización más modesta de las pensiones que no se suplementaron originariamente, pues no debe olvidarse que la normativa de actualización tiene por objeto el mantenimiento del poder adquisitivo de aquéllas. Por otro lado, aunque, como antes se ha dicho, la Directiva no se aplica a las prestaciones no contributivas, sí que lo hace a dichas revalorizaciones, como por otra parte se deduce de su art. 3.1 b)[51].

Con estas consideraciones previas, como resultaba que un porcentaje mucho más elevado de hombres que de mujeres podían acogerse a la revalorización de más elevada cuantía y como, además, muchos menos hombres que mujeres se veían privados del suplemento inicial de las pensiones a causa de la pensión que percibían sus cónyuges, se producía un caso *prima facie* de discriminación indirecta. De modo que correspondía al Estado probar, dentro de su margen amplio de apreciación, que la limitación de la revalorización respondía a un objetivo legítimo de política social. No podía basarse, a juicio del Tribunal de Justicia, en la circunstancia de que en Austria las mujeres accedieran a una edad anterior a la pensión de jubilación, de tal modo que cotizaban menos al sistema. En efecto, este hecho no tiene que ver con la actualización de la cuantía de las pensiones, que perseguía el mantenimiento de su poder adquisitivo. Tiene que ver, más bien, con la fijación inicial de sus cuantías. Por motivos muy próximos, no resultaba adecuada la justificación basada en la mayor esperanza de vida femenina, que producía un cierto desequilibrio entre cotizaciones y prestaciones, pues igualmente tal circunstancia no guardaba relación con el objetivo de la normativa de revalorización. Finalmente, era inadecuado aducir que las medidas controvertidas se decidían en el marco de una normativa de globalización de las cuantías propias y las del cónyuge, pues la consecuencia que se producía era que no se mantenía el poder adquisitivo de pensiones de un colectivo mayoritariamente feminizado. De modo que la medida controvertida no podía prevalecer,

miembros de excluir de su ámbito de aplicación…d) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de vejez, de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo".

51 *"La presente Directiva se aplicará…b) a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes contemplados en la letra a) o a suplirlos".*

por ser contraria a la Directiva 79/7/CEE.

Finalmente, un último asunto que ha ocupado la atención del TJUE se ha referido a la aplicación de diversos criterios actuariales para hombres y mujeres a los efectos de la determinación de la cuantía de ciertas prestaciones, particularmente las derivadas de contingencia profesional. Tal diferencia produce unas cantidades desiguales en función del sexo de la persona beneficiaria que, en términos generales, deben considerarse como discriminación directa, injustificable en la medida en la que no está contemplada entre las derogaciones de la Directiva, en particular en su art. 4[52].

7. CONCLUSIÓN

A la vista de toda la doctrina judicial analizada, es evidente que el principio de igualdad entre hombres y mujeres y la discriminación por razón de sexo dentro de los sistemas de Seguridad Social continúa siendo un asunto problemático. La aplicación de la normativa derivada causa no pocos problemas, que se pueden centrar en tres categorías principales: por una parte, el ámbito de aplicación de las derogaciones previstas en la Directiva 79/7/CEE, único ámbito en el que caben discriminaciones directas. En segundo lugar, la acreditación del efecto desfavorable en las mujeres de las medidas que puedan suponer discriminaciones indirectas, principalmente a través de la prueba estadística, que debe resultar pertinente en cuanto a los datos y al ámbito en el que se proyecta el impacto adverso. Y, en tercero, las justificaciones de las medidas discriminatorias, que se debne aportar tanto en los ámbitos de las derogaciones permitidas por la Directiva al principio de igualdad de trato como en el de las discriminaciones indirectas producidas por medidas formalmente neutras.

Por otra parte, la comparación de la relativamente más moderna Directiva 2006/54/CE con la más tradicional Directiva 79/7/CEE suscita el debate más que evidente sobre la necesidad de revisar ésta y, en particular, bastantes de sus derogaciones al principio de igualdad de trato. El carácter más exigente e inderogable de aquélla también guarda

52 Asunto C-318/13, *X*, sentencia de 3 septiembre 2014.

relación con la eficacia directa del art. 157 del TFUE, un asunto que no se plantea en relación con los regímenes legales de Seguridad Social a los que se aplica la norma derivada de 1979. Ello no es óbice, sin embargo, para expresar que, con toda seguridad, ésta debería ser revisada en profundidad. Como prueba más elemental, su art. 7 autoriza unas excepciones al principio de igualdad de trato acerca de las cuales predica en su apartado 2 que "*los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata*". Cuarenta años más tarde, la mayoría de los Estados Miembros han eliminado las diferencias en la edad de jubilación entre mujeres y hombres, aunque algunas normas transitorias todavía colean. Pero, con toda probabilidad, ha llegado el momento de eliminar gran parte de las concesiones que se hicieron en 1979 a unos sistemas que debían haber evolucionado suficientemente desde entonces.

Sin duda, desde la perspectiva del intérprete español, la Directiva 79/7/CEE ha sido una especie de montaña rusa. La experiencia judicial de los últimos años ha producido una especie de "pátina de modernidad" a la normativa europea de Seguridad Social. Sin embargo, más que a esa conclusión, la jurisprudencia del TJUE debiera conducir a una reflexión de fondo acerca de las anomalías del sistema español de Seguridad Social en aspectos tales como la regulación de la protección social en el trabajo a tiempo parcial, la inexistencia o debilidad intensa de las prestaciones familiares o el defectuoso diseño de ciertas medidas tales como el complemento a las pensiones derivado de la aportación demográfica, episodio este último felizmente superado, problemas transitorios al margen.

Claro que seguramente no están los tiempos para una modificación de una normativa derivada europea en torno a la cual parece poco probable, o al menos bastante dificultoso, encontrar amplios consensos.