

## JUBILACIÓN ANTICIPADA Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO: UNA SOLUCIÓN A LA CARTA SEGÚN LOS OBJETIVOS DE POLÍTICA SOCIAL DE CADA ESTADO DE LA UNIÓN EUROPEA

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021*  
*ECLI:EU:C:2021:55*

BEATRIZ GUTIÉRREZ CANEDA

DAIANA ANA MARÍA PIȚICĂ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Una trabajadora del sistema especial del hogar familiar, cuyas bases, *ex lege*, son inferiores a las mínimas del Régimen General al que pertenece, solicita una pensión de jubilación anticipada al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la cual es denegada por aplicación estricta del art. 208 LGSS que impide acceder a una pensión de jubilación anticipada cuando la cuantía que hubiere de abonarse necesitase de ser complementada a mínimos.

**RESUMEN:** El TJUE analiza la aplicación 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 al supuesto descrito anteriormente, tras elevación de cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Para ello, trata el principio de “discriminación indirecta” recogido en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Pero, lejos de resolver, en su “aleccionador” fallo, remite al órgano jurisdiccional español para que compruebe si la norma queda justificada por “objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”. Por lo que si determinase que ello no supone “discriminación”, la normativa comunitaria aceptaría la validez de la norma que impide la jubilación anticipada voluntaria al colectivo de personas que no cumplieran el requisito de llegar a la pensión mínima.

\* Doctorandas de la Universidad de Málaga.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA Y LAS PERSONAS INCLUIDAS EN EL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR
  - 1.1. La regulación vigente de la jubilación anticipada en la LGSS: en especial, la jubilación anticipada por voluntad del interesado
  - 1.2. La protección en el sistema especial para empleados del hogar familiar
    - 1.2.1. Las personas empleadas al servicio del hogar familiar: un colectivo “incómodo” o “invisible” para los gobernantes a lo largo de la historia
    - 1.2.2. La protección social de las personas encuadradas en el sistema especial del hogar familiar
2. SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR DISTINTO TRATO EN LOS REGÍMENES O SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL (SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO)
3. SOBRE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2021, ASUNTO C 843/19 Y LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO
  - 3.1. El conflicto interpretativo
  - 3.2. La STJUE de 21 de enero de 2021: un fallo abierto a la interpretación, pero “direccionando” al TSJ de Cataluña hacia dónde ha de dirimirse la controversia
    - 3.2.1. De una cuestión capciosa a una resolución capciosa
    - 3.2.1. Las pautas para la resolución por parte del órgano jurisdiccional español
4. BREVES CONCLUSIONES FINALES

## 1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA<sup>1</sup> Y LAS PERSONAS INCLUIDAS EN EL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

En todo el mundo, pero en especial en los países desarrollados, se está produciendo un fenómeno de “envejecimiento” continuo de la población a causa de las tasas de fertilidad decrecientes y el aumento de la longevidad. Se ha dicho que ello supondrá un reto, a lo largo del s. XXI, desde la perspectiva económica y social, a todos los países. Así, por ejemplo y según CEDEFOP, en 2060, en la Unión Europea, sólo habrá dos personas en edad de trabajar (de 16 a 64 años) por cada persona mayor de 65 años<sup>2</sup>. Ello, como es fácilmente imaginable, conlleva unas gravísimas consecuencias para la sociedad en su conjunto, ya que no se está, simplemente, ante un problema de las personas de edad avanzada al extenderse sus ramificaciones a aspectos, de suma relevancia, como la propia solidaridad intergeneracional.

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión, *in extenso*, y por todos, véase Álvarez Cortés, J.C. “Las jubilaciones anticipadas y su evolución”, en AAVV Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria, Dir, Calvo Gallego y Fernández Lopez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 487 y ss.

<sup>2</sup> Vid “Trabajo y envejecimiento: mejora de las condiciones ergonómicas de la actividad laboral para la promoción de un envejecimiento saludable”, *Prevención, Trabajo y Salud* n° 30, 2004, págs. 29-36.

En general, como es sabido, la mejora de la calidad de vida en la edad avanzada tiene una especial incidencia en los costes sociales, tanto por el alargamiento de los períodos de percepción de las pensiones de jubilación, a causa del aumento de la esperanza de vida, como por el aumento de los costes sanitarios, a causa de una mayor demanda provocada por el envejecimiento.

En la mayoría de los sistemas de Seguridad Social financiados con cotizaciones y basados en sistemas de reparto, se suscita la preocupación sobre si una mano de obra cada vez más escasa, esto es, si la disminución de cotizantes, por las elevadas tasas de desempleo, permitirá sostener a los pasivos. En dicha situación, la mayoría de los economistas y entidades financieras y de seguros (de forma altamente interesada) nunca se plantean un incremento de los ingresos para financiar las prestaciones. De hecho, los economistas y actuarios utilizan la llamada “tasa de dependencia” para pronosticar las implicaciones financieras de las políticas de pensiones y, de paso, justificar los recortes en las pensiones públicas.

Ello ha dado lugar, en diferentes países, a la adopción de “recortes” como medidas de contención de los gastos en jubilación (y de “garantía y sostenibilidad” del sistema de protección social). Entre otras cosas, el impulso de la prolongación de la vida activa, la promoción de una jubilación más tardía y progresiva y la potenciación de la jubilación activa. Dicho de otro modo, es bueno alargar la vida laboral de los trabajadores en un marco lo suficientemente flexible para que pudiera darse respuesta a todas las especiales situaciones de este colectivo, lo que, sin duda, supone restringir las posibilidades para jubilarse a una edad inferior a la legal.

En este orden de cosas, la regulación de la jubilación como prestación del sistema de Seguridad Social pivota sobre un elemento fundamental: la edad. El establecimiento de esta frontera, entre la vida activa y la situación de jubilación pensionada o, dicho de otro modo, la determinación de la edad que permita acceder a una pensión de jubilación, es una de las cuestiones más complejas que actualmente se observan. Y ello porque no puede olvidarse que en la regulación de la jubilación y la edad a la que deba producirse<sup>3</sup>, además de la esperanza de vida, han de tenerse en cuenta otras variables como la incidencia de las carreras de seguro<sup>4</sup> y, de otro lado, la tipología del trabajo realizado por los trabajadores maduros (ya que las

<sup>3</sup> Sobre el tema, véase, Camós Victoria, I., *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 56 y sigs.

<sup>4</sup> Aunque esta es una idea que se recoge por todos los analistas, lo cierto es que pertenece a una lógica de un sistema de capitalización y no de reparto como es el nuestro. Sin duda, la aportación o carrera de seguro sirve como base para limitar el derecho o reducir la cuantía de las prestaciones futuras en términos actuariales aplicados en el ámbito del seguro privado y que no tienen por qué ser trasladados a un sistema público de pensiones ya que la filosofía es distinta. Salvo que se quiera, claro está, reducir las pensiones públicas en beneficio del posible negocio que puedan hacer las compañías privadas de seguro.

condiciones de “dureza” de un trabajo afectan, sin duda, a la longevidad de las personas o, al menos, en la calidad de vida de su retiro)<sup>5</sup>.

Dejando de lado la situación de la llamada jubilación forzosa, por sus constantes cambios en la regulación jurídica, actualmente permitiéndose cuando se cumplan unos determinados requisitos<sup>6</sup>, se ha diseñado en nuestro ordenamiento un sistema de jubilación gradual y flexible<sup>7</sup>, ya que, a pesar de existir una edad legal de jubilación, aún puede considerarse, con todo, un requisito flexible porque, de un lado, puede adelantarse o anticiparse y, de otro lado, puede fomentarse el mantenimiento de los trabajadores mayores en el mercado de trabajo tras cumplir esa edad (bien mejorando sus pensiones futuras o bien permitiendo compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista).

Evidentemente, por lo que nos interesa, la jubilación anticipada, como fórmula de suavizar la rigidez de la edad de acceso a la pensión de jubilación, e incluso a pesar de que la misma en algún momento haya podido servir como fórmula de política de empleo (con escaso éxito, por cierto) ha venido, desde la reforma de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, desincentivándose. Modificación normativa respecto de la jubilación anticipada influenciada, sin duda, por el Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011 y por el Informe de renovación del Pacto de Toledo de 2011 en el que la Comisión se limitó a recomendar que se reservase o limitase esta posibilidad a quienes tuvieran carreras largas de cotización y optasen voluntariamente por jubilarse y a colectivos que realicen actividades concretas y a personas con discapacidad con menos esperanza de vida.

### **1.1. La regulación vigente de la jubilación anticipada en la LGSS: en especial, la jubilación anticipada por voluntad del interesado**

Consecuencia de ello, la Ley 27/2011 reconfiguró la regulación de la jubilación anticipada que, junto con las modificaciones producidas (incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011) por el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de

<sup>5</sup> Ya que el desgaste personal que ha sufrido el trabajador por el trabajo realizado debería permitir reducir la edad a estos colectivos.

<sup>6</sup> Vid. Álvarez Cortés, J.C. “El cuento de nunca acabar o sobre la posibilidad de que los Convenios Colectivos puedan regular la jubilación forzosa: un recorrido histórico por la norma y análisis de la última redacción de la D.A. 10ª ET dada por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53, 2019, pp. 31 y sigs.

<sup>7</sup> In extenso, sobre esta cuestión, véase Tortuero Plaza, J.L., *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Civitas, Madrid, 2002.

mayor edad y promover el envejecimiento activo<sup>8</sup>, han venido a fijar la redacción final de los arts. 206 a 208 de la LGSS, en su texto refundido de 2015.

Se han establecido requisitos más rigurosos para el acceso a una pensión de jubilación anticipada, promoviéndose la idea de alcanzar una mayor permanencia en el mercado de trabajo de las personas en edad madura o, en otras palabras, se han endurecido los requisitos para jubilarse anticipadamente, buscando precisamente dificultar el recurso a la misma por parte de la negociación colectiva informal de empresa, fundamentalmente, en el marco de los expedientes de regulación de empleo, mediante la elevación de sus estándares legales. Dificultando el acceso voluntario también a esta posibilidad ya que la normativa anterior podría favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral.

Como se conoce, se establecen tres modalidades de jubilación anticipada en nuestro ordenamiento: por razón de actividad<sup>9</sup> o en caso de discapacidad<sup>10</sup>, la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador<sup>11</sup> y, finalmente, en la que vamos a centrarnos, la jubilación anticipada por voluntad del interesado.

La redacción actual del art. 208 LGSS trae su origen en el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. La regulación

<sup>8</sup> Esta norma justifica la modificación de la jubilación anticipada, en su Exposición de Motivos, en la sostenibilidad del sistema de pensiones que precisa “que los parámetros esenciales que determinan el acceso a la protección o la cuantía de las prestaciones se adecuen a las circunstancias y realidades sociales y económicas en que ese sistema se desenvuelve. Resulta, por tanto, esencial que la edad de acceso tenga en cuenta la variación de la esperanza de vida tanto cuando el acceso se produce a la edad legalmente establecida, como en los supuestos en que el acceso es posible a una edad inferior. En este sentido, las medidas adoptadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, resultaban insuficientes para garantizar la viabilidad del sistema en el largo plazo, al permitir un alejamiento paulatino entre la edad legal de jubilación y la edad a la que es posible acceder a una jubilación anticipada, y favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral.”

<sup>9</sup> Cuando así se establezca en un Real Decreto para aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

<sup>10</sup> El caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, en los términos contenidos en el correspondiente real decreto acordado a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias de que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida, *vid., in extenso*, Ordoñez Casado, I. “La salud de los trabajadores con discapacidad y su incidencia en la edad de jubilación”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, ISSN 2444-3476, n1 231, 2020, págs. 199-218.

<sup>11</sup> Respecto de la que se exige requisitos de edad, de periodo de carencia y de que el cese se haya producido “como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la

de la jubilación anticipada que deriva de la voluntad del interesado o “voluntaria” tiene unos requisitos más “estrictos” que la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador.

Por lo pronto, el tiempo de anticipación solo puede ser de dos años (o una edad “inferior a dos años, como máximo”, a la edad legal ordinaria de jubilación que corresponda), sin que puedan aplicarse coeficientes reductores en caso de discapacidad o por haber realizado actividades naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre en sectores de elevada morbilidad o mortalidad.

De otro lado, se exige acreditar un período previo de cotización o carrera de seguro de, al menos, 35 años (dos años más que la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador).

Con respecto a la cuantía de la prestación por jubilación anticipada voluntaria, se producen dos diferencias importantes con la “anticipada por causa no imputable”, la primera es que los coeficientes reductores por trimestre, respecto de los mismos periodos de carrera de seguro, son más altos que los establecidos en la jubilación anticipada del art. 207 LGSS, con la idea de “desincentivar” o “castigar” a la persona que opte por jubilarse anticipadamente de forma voluntaria. Pero, la más importante, sin duda, es que no se podrá acceder a la pensión de jubilación anticipada voluntaria si hubiera que completarse la cuantía de la misma con los complementos para mínimos a los que se refiere el art. 59 LGSS o, en palabras de la norma “el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad”.

Y esta es la situación que impide a la trabajadora empleada del hogar acceder a esta pensión de jubilación anticipada y que es origen de la sentencia del TJUE que se comenta.

Para terminar un apunte final: en el momento actual, al amparo de la Recomendación 12 del Pacto de Toledo renovado en noviembre de 2020, y en desarrollo del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 13 de abril de 2020<sup>12</sup>, se prevé como objetivo la continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas. Para ello, el MISSM está trabajando con los agentes

continuidad de la relación laboral” (además de forma excepcional por extinción de la relación laboral por ser víctima de violencia de género) lo que conllevará una reducción en la pensión de jubilación obtenida por cada trimestre de anticipación, según el tiempo de cotización acreditado. Sobre el tema, in extenso, vid. Rodríguez Iniesta, G. en “La jubilación anticipada”, AAVV *Trabajadores Maduros y Seguridad Social*, (Dir. Álvarez Cortés, J.C), Aranzadi, 2018, págs. 115 y ss.

<sup>12</sup> Véase <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/130421-%20Plan%20de%20recuperacion%2C%20Transformacion%20y%20Resiliencia.pdf>, pp. 138 y 166

sociales una modificación en los coeficientes reductores haciéndolos de carácter mensual para la jubilación anticipada voluntaria, para “incentivar la permanencia en el empleo y eliminar los elementos regresivos que tiene el sistema actual” y también en la aplicación de los mismos sobre la cuantía de la pensión lo que será más equitativo ya que ello hará que tengan los mismos efectos para todos, algo que actualmente no sucede, en el caso de los trabajadores que cotizan por la base máxima<sup>13</sup>.

## 1.2. La protección en el sistema especial para empleados del hogar familiar

### 1.2.1. Las personas empleadas al servicio del hogar familiar: un colectivo “incómodo” o “invisible” para los gobernantes a lo largo de la historia

Hablar del trabajo doméstico desde el punto de vista histórico es hacer un recorrido por los vaivenes que la calificación jurídica de la prestación de servicios en el hogar familiar ha venido experimentando a lo largo del tiempo. Tampoco estaría demás decir que no ha sido una tarea fácil, ni para el legislador español ni para la sociedad, llegar a la actual regulación del trabajo doméstico como una relación laboral de carácter especial, sobre todo si tenemos en cuenta que la regulación de este tipo de prestación de servicios por cuenta ajena ha estado al margen del ordenamiento laboral durante muchos años.

En efecto, a la prestación de servicios domésticos no se le otorgó carácter laboral hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, donde se daría el primer paso hacia una laboralización del trabajo doméstico, en tanto se la calificaba como una prestación “*por cuenta y bajo dependencia ajenas*”<sup>14</sup>. Poco duró esta situación ya que la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, suprimió el carácter laboral del trabajo doméstico, quedando regulada esta relación profesional como un contrato de arrendamiento de servicios por el Código Civil<sup>15</sup>. Volvió a aparecer

<sup>13</sup>Véase <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/120421-jubilacion.aspx>

<sup>14</sup> Art. 2º, como puede verse en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1931/326/A01130-01138.pdf>. pero seguía dejando fuera de su regulación todo lo relativo a contingencias profesionales, jornada de trabajo y tiempo de descanso.

<sup>15</sup> La prestación de servicios por los empleados de hogar bajo la modalidad de arrendamiento de servicios viene regulada concretamente en el Libro IV, Título VI, Capítulo III “Del arrendamiento de obras y servicios”, Sección primera “Del servicio de criados y trabajadores asalariados” del Código Civil, arts. 1583 a 1587. En su art. 1583, en concreto, se señala la posibilidad de “*contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada*”, declarándose nulo el “*arrendamiento hecho por toda la vida*”. Cabe la posibilidad del desistimiento del contrato por cualquiera de las partes antes de cumplirse su término, teniendo en cuenta que cuando al criado se le despide “*sin justa causa*”, se le deberá pagar “*el salario devengado y el de quince días más*”. También se establece que en lo relativo al porcentaje del salario del “*sirviente doméstico*” y

la “laboralización” de esta relación con la adopción de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales<sup>16</sup>, al considerarse como una relación laboral “de carácter especial”<sup>17</sup>, carácter especial de la relación laboral que se mantendría en la versión original del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y cuyo desarrollo reglamentario sería efectuado en primera instancia por el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que permanecería en vigor hasta su sustitución por el nuevo Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

Sin embargo, ni siquiera con esta última reglamentación se ha logrado equiparar el trabajo doméstico con la relación laboral común, puesto que en el vigente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se sigue considerando una relación laboral especial “*la del servicio del hogar familiar*” (art. 2.1.b).

Sea como fuere, no es una novedad el hecho de que el trabajo doméstico se ha considerado siempre aislado del mercado productivo, razón por la cual se ha dejado al margen de la regulación laboral y de seguridad social y por consiguiente, son las políticas reguladoras las que deberían de constituir las herramientas clave para asegurar unas oportunidades de trabajo decente también para este colectivo.

### *1.2.2. La protección social de las personas encuadradas en el sistema especial del hogar familiar*<sup>18</sup>

Fue en 2011 cuando, quizás por la influencia de la Organización Internacional del Trabajo, se produjo una nueva regulación y actualización de las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las personas empleadas del hogar familiar<sup>19</sup>. La

“sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente”, el amo será creído salvo prueba en contrario. Por último, se concreta que la “despedida” de los criados da derecho a “desposeerles de la herramienta y edificios que ocuparen por razón de su cargo”.

<sup>16</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-8373>.

<sup>17</sup> En este sentido, el art. tercero de dicha norma configuraba “*el trabajo al servicio del hogar familiar, en sus diversas modalidades*” como una relación laboral “*de carácter especial*” sometida a normativa específica. Se autorizaría a tal fin al Gobierno para que un plazo máximo de dos años elaborara las disposiciones especiales al respecto, rigiéndose mientras tanto esta prestación de servicios por la normativa que hasta el momento se venía aplicando, es decir, por las disposiciones sobre arrendamiento de servicios del Código Civil. Así lo expresan la Disposición Adicional Cuarta y la Disposición Transitoria Primera, de conformidad con el art. 3.a), de la Ley 16/1976 de 8 de abril de Relaciones Laborales.

<sup>18</sup> Sobre el tema, *in extenso*, vid. Sanz Sáez, C., *La protección social de las empleadas de hogar: la desaparición definitiva del régimen especial de la seguridad social y su integración en el régimen general como sistema especial: análisis actual y de futuro*, Bomarzo, Albacete, 2018.

<sup>19</sup> Eso sí, con una mayor aproximación a la normativa laboral común debido a que las últimas reformas adoptadas al respecto se han adoptado bajo la influencia del Convenio 189 de la OIT que, paradójicamente, España no ha llegado a ratificar. *Vid* Quesada Segura, R. en “La dignificación del

Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social determinó la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General; una nueva regulación importante y sin duda “mejorable”<sup>20</sup> que venía conceder nuevos derechos en la relación laboral e incluir a este colectivo, a modo de sistema especial, en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>21</sup>.

En la redacción actual de la LGSS, son los arts. 250 y 251 LGSS los que regulan el sistema especial para empleados de hogar. Se incluyen en este sistema especial los trabajadores que se encuentran sujetos a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar (al que se refiere el art. 2.1b) ET)<sup>22</sup>, pero no los trabajadores que presten servicios domésticos cuando no hubieren sido contratados directamente por los titulares del hogar familiar, sino a través de empresas<sup>23</sup>.

trabajo doméstico. El Convenio nº 189 OIT, 2011”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 27, 2011.

<sup>20</sup> Sobre esta cuestión, Miñarro Yanini, M. en “La regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (I y II), *Relaciones Laborales* nº 4 y 5, 2012.

<sup>21</sup> Sobre esta integración, vid., García González, G., en “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro”, *Aranzadi Social* nº 8, 2011., BIB 2011/1743, también Pérez-Bedmar, M. en “La relación laboral especial de los empleados de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 23, 2011, pp. 137 y ss, [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13731/64401\\_8.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13731/64401_8.pdf?sequence=1)

<sup>22</sup> Entre las sentencias más significativas de la jurisdicción social que delimitan claramente la inclusión o no en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial de empleados de hogar, podemos citar las siguientes:

- Cuando el trabajador esté contratado por el empleador, persona física, para que desempeñe tareas de empleado de hogar tales como jardinería, limpieza de la casa y camarero en una finca que este último disfrute como segunda residencia, se trataría de un supuesto incluido en el ámbito de aplicación de la normativa relativa a la relación laboral especial de empleados de hogar STSJ Cataluña de 8 de febrero de 2008, EDJ 2008/41996. Por lo contrario, cuando la labor exclusiva del empleado sea el cuidado de la vegetación de la finca, no se considera como relación laboral especial STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 1998, EDJ 1998/24047.
- También se excluye del ámbito de aplicación de esta relación especial la labor de limpieza de habitaciones subarrendadas, considerándose como relación laboral de carácter común STSJ Madrid de 23 de noviembre de 2015, EDJ 2015/238288.
- Por último, la contratación de un trabajador o una trabajadora con categoría de auxiliar de enfermería para el cuidado de una persona con discapacidad es también considerada relación laboral común STSJ de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 17 de marzo de 2003, EDJ 2003/266120.

<sup>23</sup> La primera exclusión viene recogida en el art. 2.1.a) del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, y versa sobre contratos celebrados por personas jurídicas de carácter civil o mercantil, aunque su objeto sea la prestación de servicios o de tareas domésticas, quedando este tipo de relaciones sometidas a la normativa laboral común. También quedan fuera del campo de aplicación

Tampoco las llamadas o conocidas como relaciones *au pair*<sup>24</sup>. Ni, finalmente, en los casos de una prestación conjunta de servicios domésticos y otros que no versan sobre el hogar familiar<sup>25</sup>.

El régimen jurídico del sistema especial de los empleados del hogar es el establecido con carácter común en el Régimen General, con las particularidades específicas que se establecen (especialmente respecto de encuadramiento y cotización). Y la acción protectora para el colectivo que integra este sistema especial supone acceder a las prestaciones en las mismas condiciones y términos que los establecidos en el Régimen General, pero con las siguientes particularidades:

- El subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes nace al 9 día de la baja, haciéndose a cargo el empleador del abono de la prestación desde los días cuarto al octavo (ambos inclusive). Además, en el pago de la prestación de incapacidad laboral no cabe el pago delegado ya que no existe la posibilidad de colaboración obligatoria; así pues, el trabajador habrá de solicitar la prestación directamente a la entidad correspondiente.
- Respecto de las contingencias profesionales, en caso de incumplimiento empresarial por falta de encuadramiento o cotización, no es de aplicación el régimen de responsabilidades por lo que no entra en funcionamiento el principio de automaticidad de las prestaciones.
- Y, finalmente, las personas trabajadoras de este sistema no están protegidas por la contingencia de desempleo<sup>26</sup>.

de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar las relaciones concertadas a través de Empresas de Trabajo Temporal.

<sup>24</sup> O “a la par”, según la expresión utilizada por el art. 2.2 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre), salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza laboral. Dicha exclusión se debe a que el objeto principal de los *au pair* es la acogida temporal de jóvenes extranjeros que se dediquen al cuidado de niños, a la enseñanza de idiomas o a la participación en las tareas domésticas diarias, sin que aquéllos, a cambio de estas actividades, perciban una remuneración salarial, puesto que la familia de acogida no tiene más obligación que la de proporcionarles alojamiento y comida. Según se prevé en el Instrumento de ratificación del Acuerdo Europeo sobre la Colocación “*Au Pair*”, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1969, ratificado por España.

<sup>25</sup> Es decir, cuando el trabajador -aparte de las tareas domésticas- desempeña, por cuenta del mismo empleador, tareas ajenas al hogar familiar, se presume, *iuris tantum*, que existe una única relación laboral y ésta es de carácter común, con lo cual no queda incluida en el ámbito de esta relación laboral especial.

<sup>26</sup> No obstante, durante la crisis sanitaria del COVID19, el RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo vino a adoptar, entre otras cosas un subsidio “extraordinario” por desempleo para personas empleadas en el hogar familiar que exigía de una regulación posterior que no llegó hasta Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad

En marzo de 2021, había en España afiliados y en alta en el sistema especial de empleados del hogar 383.394 personas, de las cuales 17.130 varones y 366.264 mujeres, un total de del 4,67% hombres y 95,33% de mujeres<sup>27</sup>.

Como puede verse, el acceso a las prestaciones por jubilación anticipada, al no establecerse particularidad alguna, tiene aparentemente el mismo régimen jurídico que las establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social. Pero decimos “aparentemente” porque durante mucho tiempo, y hasta enero de 2021<sup>28</sup>, las bases mínimas de cotización de los empleados del hogar (primero cuando eran un Régimen Especial y luego cuando se integraron como sistema especial dentro del Régimen General) eran inferiores a las bases mínimas del Régimen General.

Ello hacía “*de facto*” imposible el acceso de las integrantes de este sistema especial, mayoritariamente mujeres con salarios siempre o casi siempre “mínimos”, a la obtención de una pensión de jubilación anticipada “voluntaria”.

El hecho de que la “inmensa” mayoría de este colectivo lo compongan mujeres es lo que ha hecho al TSJ de Cataluña elevar la cuestión prejudicial ante el TJUE.

## 2. SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR DISTINTO TRATO EN LOS REGÍMENES O SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL (SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO)

Desde casi sus inicios, la Ley General de la Seguridad Social ha venido contemplando la posibilidad de creación de 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

Social regulado en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Sobre este tema, véase, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. “El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección “asistencializada” e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal.”, Revista Española de Derecho del Trabajo num.233/2020.

<sup>27</sup>[https://w6.seg-social.es/PXWeb/pxweb/es/Afiliados%20en%20alta%20laboral/Afiliados%20en%20alta%20laboral\\_\\_Afiliados%20Medios/07m\\_20%20Afi.%20Med.%20por%20CCAA,%20R%20y%20G%20a9gimen%20y%20G%20a9nero.px/table/tableViewLayout1/](https://w6.seg-social.es/PXWeb/pxweb/es/Afiliados%20en%20alta%20laboral/Afiliados%20en%20alta%20laboral__Afiliados%20Medios/07m_20%20Afi.%20Med.%20por%20CCAA,%20R%20y%20G%20a9gimen%20y%20G%20a9nero.px/table/tableViewLayout1/)

<sup>28</sup> Aunque es un sector donde no es común encontrar a trabajadores a tiempo completo, salvo los dedicados al cuidado de mayores y personas con discapacidad, y donde parece haber una tendencia a no reconocer el trabajo a tiempo completo realizado en el hogar familiar para ahorrar costes en las cotizaciones. Véanse las reivindicaciones de las distintas asociaciones de trabajadoras empleadas del hogar familiar. De hecho, en 2021 hay una campaña de la ITSS sobre el servicio del hogar familiar para aflorar la economía sumergida en el sector y, entre otras cosas, detectar y regularizar los salarios inferiores al SMI, vid. [https://www.mites.gov.es/itss/web/Documentos/CAMPANA\\_Servicio\\_HOGAR/documentos/Nota\\_informativa.pdf](https://www.mites.gov.es/itss/web/Documentos/CAMPANA_Servicio_HOGAR/documentos/Nota_informativa.pdf)

tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social” (art. 10 del vigente texto de la LGSS) e incluso la posibilidad de establecer “sistemas especiales”, ex art. 11 LGSS, dentro de los distintos regímenes para regular de forma distinta para un determinado colectivo alguna materia (encuadramiento, cotización, recaudación e incluso respecto del régimen prestacional. De hecho, la pretendida unificación y homogeneización de los regímenes de la seguridad social y la simplificación de los mismos prevista, tanto por la LGSS como por los distintos informes del Pacto de Toledo, se ha llevado a cabo a través “sistemas especiales”.

La inclusión en 2011 del Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Régimen General a modo de “Sistema Especial” supuso homogeneizar muchas de sus condiciones con el régimen en el que se integraba, pero también mantener, como hemos visto más arriba, una regulación diferenciada respecto de algunas cuestiones (y especialmente respecto de algunas prestaciones).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la licitud de mantener las diferenciaciones en la protección en los regímenes o sistemas especiales de la Seguridad Social<sup>29</sup>, esto es, si afectaba al principio de igualdad de trato tales situaciones.

El problema de la obligación constitucional de tratar de forma igual a situaciones iguales o semejantes es determinar el llamado “tertium comparationis”, esto es, cuando existen términos comparables cuyo distinto trato pueda dar lugar a la vulneración de la cláusula de igualdad. Y es que la comprobación de la situación de desigualdad en general se realiza mediante el cotejo de situaciones iguales, con respecto a la diferencia de trato en el ámbito de la protección de los regímenes especiales de la Seguridad Social con respecto al régimen general, el Tribunal Constitucional ha seguido los conocidos “tres pasos” que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: determinar si los términos de comparación son idénticos para alegar la discriminación; en caso de ser idénticos, examinar si hay una posible justificación de este trato desigual; y, finalmente, aplicar el test de proporcionalidad.

Así, la desigualdad ha de tener referencia a otra situación similar, el problema es la elección de los factores en que se pueda basar la posibilidad de justificar el trato diferenciado, teniendo en cuenta que es imposible que se ofrezcan en muchas ocasiones situaciones idénticas, tendría que abrirse la comparación a situaciones “semejantes”, pero el Tribunal Constitucional no ha establecido pautas claras y precisas que sirvan para determinar cuándo estamos ante situaciones comparables. Lo único cierto es que las situaciones comparables deben de inferirse directamente de la norma que regula los términos que se estén asimilando, pero no como indica

<sup>29</sup> Sobre el tema, por su claridad, Blázquez Agudo, E.M “Igualdad de trato y regímenes especiales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Temas Laborales* nº 68, 2003, págs. 75 y ss.

la STC 108/1984, de 26 de noviembre, de las posibles consecuencias que su aplicación podría provocar en cada uno de los actos concretos.

Así pues, las situaciones de hecho idénticas, comparables, deben ser resueltas de forma similar, aunque ello no es un principio absoluto ya que se admiten ciertos factores legítimos que justifican esa desigualdad. Ahí es donde entra el juego de test de proporcionalidad, el que pueda ser razonable que se utilice una norma en dos circunstancias semejantes de distinta forma y con distintos resultados. Y es que la desigualdad para que sea “discriminadora” ha de ser arbitraria, esto es, carente de justificación (STC 157/1997, de 29 de septiembre), porque de justificarse su objetividad y razonabilidad, la misma no atentaría al principio de igualdad.

Respecto de la distinta protección ofrecida por los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, el Tribunal Constitucional ha aplicado el test de razonabilidad respecto del trato desigual y ha examinado su proporcionalidad para determinar la adecuación de la regulación al derecho fundamental, por lo que en una balanza ha tenido que valorar los beneficios y ventajas para el interés público y los perjuicios para los sujetos (por cierto, en materia de Seguridad Social, en la mayoría de los casos la balanza se ha decantado hacia el interés público). Por ello, el Tribunal Constitucional, respecto de los Regímenes Especiales, en especial para el de “empleados del hogar” (STC 268/1993, de 20 de septiembre)<sup>30</sup>, las comparaciones de dos regímenes prestacionales ha de hacerse en bloque y no en aspectos concretos. Ello hace casi imposible la determinación de situaciones discriminatorias ya que, en la práctica, la desigualdad se enfoca en cuestiones muy específicas. De esta forma, se respetaba la libertad del legislador en el diseño de las características de los Regímenes y Sistemas Especiales, admitiendo generalmente un trato diferenciado entre Regímenes de acuerdo con la existencia de un fundamento objetivo bien sea la actividad profesional, la distinta naturaleza del empleador (especialmente en el ámbito del hogar familiar)<sup>31</sup>, las especiales relaciones con el mercado de trabajo, el menor esfuerzo contributivo (STC 268/1993, de 20 de septiembre, respecto de la protección social de los empleados del hogar que serviría, perfectamente, para justificar la dificultad o imposibilidad de aplicar el art. 208 LGSS sobre jubilación anticipada voluntaria como una norma desigual pero no discriminatoria), etc.

<sup>30</sup> Vid. Cámara Botía, A., “Sentencia 268/1993, de 20 de septiembre. Sobre las desigualdades entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial de Servicio Doméstico” en AA.VV., *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XI/ 1993.

<sup>31</sup> Vid. Luján Alcaraz, J., *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar*, Aranzadi, 2000. pág. 20.

### 3. SOBRE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2021, ASUNTO C 843/19 Y LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO

La discriminación por razón de sexo en la protección de la Seguridad Social ya ha sido determinada en alguna ocasión por nuestro Tribunal Constitucional respecto a los trabajadores a tiempo parcial por ser un colectivo “feminizado”, (SSTC 61/2013, de 14 de marzo<sup>32</sup> (a la que han seguido posteriormente las sentencias 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo), en la senda ya apuntada por el TJUE (STJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11) y más recientemente por la STC 91/2019, de 3 de julio<sup>33</sup>.

Lo que está por ver es si el acceso a la pensión de jubilación anticipada voluntaria recogida en el art. 208 LGSS es o no una forma de discriminación indirecta. Ello, aunque no resuelto por la sentencia que se comenta de 21 de enero de 2021, si ofrece algunas pautas para que el órgano jurisdiccional español resuelva.

#### 3.1. El conflicto interpretativo

A priori, cabe plantearse la posibilidad de que, con carácter general, pudiéramos estar ante un claro supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo al denegarse por el art. 208 LGSS la jubilación anticipada cuando no se alcance la pensión mínima. Recordar en este sentido que el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres considera como discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo justificación objetiva en atención a una finalidad legítima siempre que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados, transcripción del art. 2, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Por parte de la actora en la demanda recaída ante el Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona, origen de la sentencia que a continuación pasaremos a analizar,

<sup>32</sup> Vid. Ron Latas, R.P. “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013, sobre la cuestión de constitucionalidad sobre pensiones de jubilación para trabajadores a tiempo parcial”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, Nº 32, 2013, págs. 59-63.

<sup>33</sup> Vid. Sánchez-Urán Azaña, Y. y Moreno Romero, F. en “Sistema de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo” en *Revista Jurisprudencia Laboral* nº 4, 2019 en [https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000442](https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000442)

no se discutían las bases de cotización, porcentajes o importes de las pensiones calculadas por el INSS. Lo que se argumentaba era que el artículo 208.1.c) LGSS es contrario al artículo 14 CE, realizando una discriminación indirecta al colectivo de empleados de hogar que, en su mayoría, está formado por mujeres. En cualquier caso, es un precepto de aplicación “general” que lleva consigo el interés de evitar acrecer el elevado número de complementos a mínimos de las pensiones públicas, primando la sostenibilidad del sistema sobre otros valores de tipo social<sup>34</sup>.

La cuestión era que hasta el año 2011 se produjo una cotización unitaria en dicho régimen especial del colectivo de empleados de hogar, que se empezó a corregir paulatinamente en enero de 2012, tal y como resulta de la Disposición Transitoria decimosexta LGSS relativa las bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar<sup>35</sup>.

Lo anterior conlleva que incluso en el supuesto de haber cotizado durante más de cuarenta y cuatro y medio años, ningún empleado de hogar podría jubilarse anticipadamente teniendo en cuenta las cotizaciones anteriores a 2012.

El Juzgado nº 10 de Barcelona indicó al respecto lo siguiente:

“en la actualidad una persona que ha estado siempre incluida en empleados del hogar que ha cotizado en bases fijas hasta el 2011 y desde el 2012 cotiza por la más alta posible, aunque acredite 44 años y medio de cotización no podrá obtener la pensión de jubilación anticipada con 63 años, porque no obtendrá una pensión superior a la mínima que le corresponda a los 65 años.”

Por tanto, para ese Juzgado, la norma resultaba discriminatoria por razón de sexo y ello de manera indirecta en tanto que:

- a) concurre un término de comparación colectivo: hombres y mujeres;
- b) existe un impacto estadístico notorio; la mayor parte de afiliados al régimen de empleados de hogar han sido y son mujeres;

<sup>34</sup> Como indica Molina Navarrete, C., en “Jubilación anticipada y no discriminación contra las mujeres: Un jarro de agua fría del TJUE en la lucha contra la brecha de género en pensiones”, Servicios de Estudios UGT, 2021, p.5 y 6 en <https://es.calameo.com/read/000475207bbfca34ecac1>

<sup>35</sup> Que dispone lo siguiente en su apartado 2: “Desde el año 2012 hasta el año 2022, a efectos de determinar el coeficiente de parcialidad a que se refiere la regla a) del artículo 247, aplicable a este Sistema Especial para Empleados de Hogar, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado 1.a) de esta disposición, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.”

- c) la norma produce como resultado que los empleados de hogar no puedan acceder a la jubilación anticipada, es decir, se produce aun cuando no exista intención de discriminar.
- d) no existe una explicación justificada y razonable.

El Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona consideró en Sentencia de fecha 31 de julio de 2018 que no era necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial, debiendo tenerse en cuenta el perjuicio que la interposición podría causar a la actora, por la necesaria dilación en la tramitación de su procedimiento, valorando que la demandante cesó en su prestación como empleada de hogar y no pudo acceder a la prestación de jubilación voluntaria anticipada por incumplimiento de imposibles requisitos para este colectivo.

En este sentido, el INSS recurrió la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona, y la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Cataluña, antes de resolver el mismo, plantea mediante Auto de 12 noviembre 2019 cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad sociales y en concreto la realiza de la siguiente manera:

“Debe interpretarse la prohibición de discriminación por razón de sexo indirecta, en el acceso a las prestaciones de seguridad social y el cálculo de las mismas, que establece el artículo 4 de la [Directiva 79/7] en el sentido de que impediría o se opondría a una norma nacional como el artículo 208, [apartado 1,] letra c), de la [LGSS], que exige a todos/as los afiliados/as del régimen general que, para poderse jubilar anticipadamente de forma voluntaria, la pensión a percibir, calculada conforme al sistema ordinario sin complementos por mínimos, sea por lo menos igual a la pensión mínima, en tanto discrimina indirectamente a las mujeres afiliadas al régimen general, al aplicarse a un número mucho mayor de mujeres que de hombres?”

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña señala, de acuerdo con las estadísticas oficiales, que el 89% de los empleados del hogar afiliados al régimen especial son mujeres, que es un sector feminizado. A pesar de ello, para determinar si el artículo 208, apartado 1, letra c) LGSS implica una discriminación indirecta hacia las trabajadoras, estima que debe tomarse en consideración el conjunto de los afiliados al régimen general de la seguridad social. De tal manera, valora que, además de los afiliados al régimen especial, se debe considerar las mujeres que, por otros motivos, como el matrimonio, el cuidado de los hijos o el trabajo a tiempo parcial, hayan cotizado por un importe inferior y durante un período menos extenso.

A este respecto, la Sala señala que de las estadísticas facilitadas por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se desprende que un porcentaje mucho mayor de mujeres que de hombres jubilados percibe un complemento a la pensión para alcanzar la pensión mínima legal, lo cual representa un indicio de que resultan perjudicadas más mujeres que hombres por lo dispuesto en el artículo 208, apartado 1, letra c) LGSS, que precisamente supedita la obtención de una pensión de jubilación anticipada por parte de un trabajador que decide voluntariamente jubilarse anticipadamente al requisito de haber cotizado lo suficiente para causar el derecho a la pensión mínima legal, sin necesidad de ese complemento de pensión. El órgano jurisdiccional remitente pone de relieve el hecho de que, en 2018, 422.112 hombres percibían un complemento de pensión, lo que representa el 15,23 % de las pensiones de los hombres, frente a 468.822 mujeres, cifra que supone el 31,45 % de las pensiones de las mujeres. Un dato relevante aportado por el auto y al que el TJUE hace expresa mención al sintetizar los hechos del litigio<sup>36</sup>.

Dicho lo anterior, por tanto, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, plantea, principalmente si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opondría a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la seguridad social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, en cuanto esta normativa perjudica en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores.

### **3.2. La STJUE de 21 de enero de 2021: un fallo abierto a la interpretación, pero “direccionando” al TSJ de Cataluña hacia dónde ha de dirimirse la controversia.**

Independientemente de que, en una cuestión parecida a esta, en aplicación del art. 208 LGSS el TJUE en Sentencia de 5 de diciembre de 2019 (de la misma sala por cierto) en los asuntos acumulados C 398/18 y C 428/18, determinara que la libertad de circulación y la protección de los trabajadores migrantes en materia de protección social impedían la aplicación de esta regla de obtener al menos la cuantía de la pensión mínima de la pensión de jubilación para acceder a la pensión anticipada y por tanto era contraria al Derecho coordinador de la Unión Europea, en el asunto que ahora se comenta al pedirse la conformidad con el Derecho de

<sup>36</sup> *Vid.*, las notas a esta sentencia por Rojo Torrecilla, E. en” Y el TJUE le dice al TSJ de Cataluña: puede ser o puede no ser discriminatorio, te toca decidir... pero no lo parece. Sobre la jubilación voluntaria anticipada, y sus límites, de una trabajadora del sector doméstico. Notas a la sentencia de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19).” En <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/02/y-el-tjue-le-dice-al-tsj-de-cataluna.html>

la Unión Europea de esa misma medida de jubilación anticipada voluntaria que puede suponer una discriminación indirecta para las mujeres su resolución es muy distinta.

El auto de elevación de cuestión prejudicial hace referencia no solo a la normativa interna sino también a las Directivas comunitarias 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 y 2006/54/CE 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), haciendo amplios comentarios a las alegaciones del INSS, pero mantiene sus dudas si el art. 208 LGSS cumple o no la normativa comunitaria ya que estima que puede darse la discriminación “dadas las estadísticas de receptores de pensiones mínimas con sus complementos, que por tanto pudieran quedar afectados por el requisito discutido de que para acceder a la pensión de jubilación anticipada se exige acreditar con las propias cotizaciones una pensión por lo menos igual a la mínima (sin complementos por mínimos)”.

### *3.2.1. De una cuestión capciosa a una resolución capciosa*

Nos preguntamos cómo habría sido la respuesta de la sala octava del TJUE si la cuestión prejudicial se hubiese expuesto de otra forma.

Nos explicamos: en la cuestión se indica si hay discriminación indirecta en los casos de jubilación anticipada voluntaria a las mujeres “afiliadas al régimen general, al aplicarse a un número mayor de mujeres que de hombres”.

Desde luego, los datos de comparación en la obtención de los complementos a mínimos entre mujeres y hombres, proporcionados además por una de las partes interesadas en el procedimiento, ya indican que las mujeres doblan a los hombres en la obtención de este complemento (del total de pensionistas, con complementos a mínimos, aproximadamente, lo disfrutaban un 15,23 % de hombres y un 31,45% son mujeres). Lo que ya de por sí muestra una referencia clara de la brecha de género en las pensiones.

Pero lo que no se justifica es por qué el TSJ desecha las estadísticas respecto del sistema especial (al que, por cierto, el INSS indica que el 89% son mujeres, cuando las estadísticas oficiales de 2018, suponían más de un 94%). Evidentemente, la prueba estadística es determinante, aunque no exclusiva. Pero la elección de un “tertium comparationis” determinado afecta evidentemente en el conocimiento real de la intensidad del problema de un colectivo determinado: estamos hablando de trabajadoras del sistema especial de empleadas del hogar familiar y no de trabajadoras del Régimen General. Más aún, en tal caso, tendríamos que preguntarnos por el número de trabajadoras del hogar familiar que acceden a la pensión de jubilación voluntaria en relación con el número de trabajadores que acceden a la misma del Régimen General.

Con ello, como indica Molina Navarrete, estaríamos ante un indicio significativo del efecto “desproporcionadamente perjudicial en las mujeres”<sup>37</sup> del sistema especial para llegar a acceder a una pensión de jubilación anticipada voluntaria.

Frente a esta cuestión planteada en tales términos, una respuesta acorde con lo planteado, el TJUE resuelve pero dejando al órgano jurisdiccional que sea quién concrete la existencia o no de la discriminación indirecta puesto que, en principio, entiende que, aunque el acceso a la pensión de jubilación anticipada voluntaria del art. 208 LGSS pueda perjudicar “en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores” dicha situación desigualitaria puede justificarse “por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

### 3.2.2. *Las pautas para la resolución por parte del órgano jurisdiccional español*

Volviendo a la Sentencia del TJUE 21 de enero de 2021, para determinar en este caso que no constituye discriminación indirecta el artículo 208, apartado 1, letra c) LGSS constituye, contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, se debe partir de tres circunstancias, siguiendo a Maldonado Molina<sup>38</sup>:

- a) Que la muestra estadística exponga una desventaja particular para el género femenino.

El órgano judicial habrá de averiguar si el art. 208 afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo de forma significativa más alta que a las personas de otro sexo. Siendo lo más problemático, como más arriba hemos advertido, qué muestra coger si solo las relativas a las personas empleadas del hogar familiar incluidas en el Sistema Especial (como entendemos) o la relativa al total de incluidos en el Régimen General (como entiende el propio Tribunal Superior de Justicia que eleva la cuestión prejudicial). También es necesario determinar los datos que han de ser relevantes para la comparación, en este caso, el TJUE, en la misma senda que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se decanta por la proporción existente entre el número de personas jubiladas que perciben un complemento a la pensión para alcanzar la cuantía de la pensión mínima legal y el número total de jubilados sujetos a ese régimen.

<sup>37</sup> Nuevamente, Molina Navarrete, C. en “Jubilación anticipada y no discriminación contra las mujeres: Un jarro de agua fría del TJUE en la lucha contra la brecha de género en pensiones”, *op. cit.*, 2021, p. 8.

<sup>38</sup> Muy bien expuestas, por cierto, en “Discriminación indirecta vs sostenibilidad del sistema. La imposible jubilación anticipada voluntaria de las empleadas del hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 457, 2021, 205-216, pp. 7 y ss.

- b) Que, a pesar de que pueda haber un perjuicio para el colectivo de mujeres, trabajadoras dicha situación desigualitaria puede justificarse “por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

Nuevamente, el TJUE se decanta en el mismo sentido que el INSS y el Tribunal Superior de Justicia, ya que, aunque entiende que el complemento para mínimos es un objetivo de política social que garantiza unos mínimos de subsistencia (y es coherente, decimos desde aquí, con los objetivos de política de lucha contra la pobreza establecidos en diferentes textos de la Unión Europea, incluida la Carta Social Europea) y aunque las condiciones de índole presupuestaria no puede justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos, también recalca la necesidad de que los sistemas de pensiones sean adecuados, sostenibles y seguros donde se adopten medidas que pretendan mantener la viabilidad del sistema, por lo que tales objetivos indicados por el INSS y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pueden, en principio, justificar una eventual diferencia de trato en perjuicio de las trabajadoras empleadas del hogar de este sistema especial.

- c) Evidentemente, la excepción al principio de discriminación indirecta ha de producirse a través de medios adecuados que permitan alcanzar los objetivos legítimos de los que acabamos de hablar.

Concluye el TJUE que la discriminación indirecta se daría a menos que dicha circunstancia estuviera justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, en particular, si se hubiera constatado que se responde a un objetivo legítimo de política social, adecuada para alcanzar este objetivo y es necesaria a tal fin.

Y es en su análisis del asunto en el apartado 42 de la sentencia que se comenta donde el propio TJUE asume la proporcionalidad o la adecuación de la normativa a los objetivos legítimos con tres argumentos que, de seguro servirán para la fundamentación jurídica del Tribunal Superior de Justicia: el alcance restringido de la normativa a personas que “voluntariamente” deseen jubilarse anticipadamente; la carga o el coste que dicha medida o complemento de pensión supondría de realizarse de forma generalizada y, finalmente, siguiendo a la Comisión Europea, la adopción de esta medida era acorde con el objetivo de la política social a la que se veía abocado el legislador español.

Con todo ello, y la argumentación ofrecida, el margen de decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se reduce ampliamente, parece que el TJUE con esta sentencia le viene a decir que no se preocupe por fallar en contra porque no existe discriminación.

#### 4. BREVES CONCLUSIONES FINALES

Como conclusiones más importantes, por tanto, extraídas del análisis de esta sentencia, podríamos plantear las tres siguientes:

- El rechazo categórico a que la normativa nacional discrimine de manera indirecta a las mujeres, aunque dicho precepto pueda afectar especialmente a este colectivo. Aunque los recovecos legales que se ofrecen para superar la discriminación son amplios, difusos y a veces se pueden antojar arbitrarios.
- Y consecuencia de lo anterior, parece primar la salud financiera del sistema a la protección social de determinados colectivos, en tanto que se excluye por tanto a un determinado colectivo de la jubilación anticipada de conformidad con la normativa nacional, el aumento de la vida activa y por ende, el retraso en el acceso a la jubilación, lo que puede afectar, de manera positiva, a la reducción de gastos del sistema.
- Desafortunadamente, el TJUE ha perdido una oportunidad para poner en valor la vigencia del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, como indica, Sánchez Trigueros: el esfuerzo argumentativo de la sentencia esconde un “déficit importante”, prolongar la vida activa al denegar una pensión de jubilación anticipada voluntaria se conecta con la “sostenibilidad del sistema de pensiones públicas”, pero si preservar un sistema se realiza a través de fines de políticas sociales que se sustentan “sobre una denegación de derechos que afectará fundamentalmente a las mujeres, que serán quienes se verán obligadas a trabajar más años (y por prestaciones más reducidas, como ya ha tenido oportunidad de valorar en otras ocasiones el TJUE)” supone en cierta medida que quien asegura la estabilidad financiera de los sistemas de pensiones son las mujeres al sacrificar sus derechos, con lo que “se abre la puerta a que el diseño de tales políticas dé lugar a situaciones de flagrante desigualdad como aquella ante la que nos encontramos”<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Vid. Sánchez Trigueros, C., “Jubilación anticipada de mujeres con pensión inferior a la mínima. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/2019)” en *REJLSS, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, abril 2021 – núm. 2 ISSN-e 2660-437X, p. 208