

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](#)

Juan Antonio Maldonado Molina

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

*Miembro del Grupo de estudios sobre «pensiones suficientes,
seguridad social universal y democracia».
Fundación Francisco Largo Caballero*

Extracto

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que no hay discriminación indirecta al exigir que la jubilación anticipada voluntaria se limite a las personas cuyas pensiones son superiores a la mínima garantizada, pese a que estadísticamente las más perjudicadas sean las mujeres. Es la primera vez que –analizando una norma española de Seguridad Social– estima que no hay discriminación indirecta por existir un objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica que esté objetivamente justificado; objetivo que en este caso es la sostenibilidad de las pensiones. Se impide la jubilación anticipada voluntaria a las empleadas del hogar, lo cual tendría que compensarse permitiendo su jubilación como colectivo que realiza trabajos penosos.

Palabras clave: jubilación anticipada; discriminación indirecta; empleadas del hogar.

Cómo citar: Maldonado Molina, Juan Antonio. (2021). 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, 205-216.

Indirect discrimination vs. sustainability of the system. The impossible voluntary early retirement of domestic workers

Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of January 21, 2021, case C-843/19

Juan Antonio Maldonado Molina

Abstract

The Court of Justice of the European Union considers that there is no indirect discrimination by requiring that voluntary early retirement is limited to people as pensions are higher than the guaranteed minimum, despite the fact that statistically the most affected are women. It is the first time that –analyzing a Spanish Social Security standard– it considers that there is no indirect discrimination because there is an objective pursued by the application of said provision, criterion or practice that is objectively justified; an objective that in this case is the sustainability of the pensions. Voluntary early retirement is prevented for domestic workers, which would have to be compensated by allowing their retirement as a group that performs arduous work.

Keywords: early retirement; indirect discrimination; domestic workers.

Citation: Maldonado Molina, Juan Antonio. (2021). Indirect discrimination vs. sustainability of the system. The impossible voluntary early retirement of domestic workers. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of January 21, 2021, case C-843/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 205-216.

1. Marco legal aplicado

El artículo 208, apartado 1, letra c), de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), regulador de la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada, condiciona el acceso a esa modalidad de jubilación a que –una vez acreditados los requisitos generales y demás específicos (carencia y edad)– el importe de la pensión a percibir resulte superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada. Es un requisito exclusivo de esta modalidad de jubilación, de forma que no se exige ni para otro tipo de jubilación ni para ninguna otra pensión.

Esta modalidad jubilatoria fue introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, como una nueva puerta a la jubilación anticipada considerablemente más restrictiva que las precedentes, con unos requisitos más exigentes, y que fueron endurecidos con el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo (salvo el que nos ocupa), de modo que la finalidad era desincentivar las jubilaciones anticipadas.

Era un requisito algo novedoso, ya que jamás se había condicionado el derecho a una prestación a que la potencial persona beneficiaria no tuviese que recurrir a los complementos por mínimos. Su exigencia tiene sentido en tanto que se liga a una jubilación a la que se accede voluntariamente, por lo que la persona interesada debe adoptar la decisión asumiendo las consecuencias económicas que el adelanto del retiro conlleva, sin que tales consecuencias puedan ser asumidas y amortiguadas por el sistema a través de la red de seguridad que suponen los complementos a mínimos.

Hay que precisar que el texto finalmente aprobado en 2011 difería con lo recogido en los documentos previos. Así, el Acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011 señalaba que «el acceso anticipado a la jubilación mediante este mecanismo no podrá generar complemento por mínimos en la pensión obtenida». Es decir, optar por jubilarse anticipadamente de modo voluntario excluía la percepción de complementos por mínimos. La lógica era que quien decidía voluntariamente jubilarse anticipadamente lo debía hacer con todas las consecuencias: asumiendo el importe que le correspondía, sin recurrir a *posteriori* a la mejora de su pensión vía complementos por mínimos, ya que eso significaría una carga para el sistema provocada por la persona asegurada, que burlaría las consecuencias de su decisión. Además, entroncaba con la finalidad de desincentivar las jubilaciones anticipadas. Este acuerdo no propuso condicionar el poder jubilarse anticipadamente a que no procedieran los complementos, sino que directamente los excluía en tales casos.

Sin embargo, el anteproyecto de Ley de 3 de febrero de 2011 invirtió los términos, indicando que, si el importe de la pensión solicitada fuese inferior al 125 % de la pensión mínima, no se permitiría el acceso a la jubilación. Es una opción más razonable, sin permitir que se lance a la precariedad alguien cuya pensión no sea suficiente; medida que en el fondo busca proteger a la persona beneficiaria. La cifra tope se redujo en el proyecto de ley, quedando finalmente fijada en la cuantía de la pensión mínima que correspondería por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad.

Por otro lado, el artículo 4.1 de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978](#), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, prohíbe toda discriminación por razón de sexo, particularmente en lo relativo a las condiciones de acceso a los regímenes legales que aseguren una protección.

Y la tercera norma aplicada es 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, cuyo artículo 2, apartado 1, letra b), recoge la definición de discriminación indirecta por razón de sexo, señalando que lo será:

[aquella] situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

2. Supuesto de hecho

La actora es una mujer cuya carrera de seguro se ha realizado mayoritariamente en el régimen/sistema especial del hogar. En particular, acredita cotizados en él 14.054 días, y solo 166 fuera del mismo. Cuando se aproxima a los 63 años, solicita la pensión de jubilación anticipada voluntaria (la solicita el 12 de diciembre de 2016, y cumplía la edad el 4 de enero de 2017), ya que, al acreditar 38 años y 11 meses, su edad ordinaria hubiera sido 65, pudiendo jubilarse anticipadamente.

La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) resuelve el 19 de noviembre, considerando que, si bien reúne el requisito de edad y de carencia (más de 35 años cotizados), no cumple el tercero de los requisitos específicos exigidos: que la pensión que percibiría fuese superior a la mínima que le correspondería con 65 años según su situación familiar. En particular, la pensión es de 549,30 euros (resultante de aplicar un porcentaje del 85 % a una base reguladora de 646,24 €), mientras que la pensión mínima garantizada era 637,10 euros (unidad económica unipersonal, sin cónyuge).

Frente a la resolución del INSS (y tras ser confirmada en alzada), el 27 de abril de 2017 interpone demanda ante el Juzgado de lo Social número 10 de Barcelona, cuestionando la constitucionalidad del [artículo 208 de la LGSS](#). En el proceso, como diligencia final, la entidad gestora indicó que:

[...] en la actualidad una persona que ha estado siempre incluida en el régimen de los empleados del hogar que ha cotizado en bases fijas hasta 2011 y que desde 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 corresponde a los 65 años.

Este dato hizo que el Juzgado de lo Social concluyera que el [artículo 208 de la LGSS](#) constituía una discriminación indirecta hacia las mujeres contraria a la [Directiva 79/7/CEE del Consejo](#), razón por la que inaplica directamente ese requisito y reconoce la jubilación voluntaria anticipada a los 63 años solicitada.

El INSS recurre ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, al considerar que no existe discriminación por razón de sexo, apoyándose precisamente en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que entiende que no hay discriminación cuando el objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica esté objetivamente justificado, y cuando los medios para alcanzarlo sean apropiados y necesarios. En particular, argumenta que concurre una razón objetiva ajena a cualquier discriminación, consistente en la exigencia de adoptar las medidas necesarias exigidas por la Unión Europea (UE) para mantener la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, especialmente en orden a alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación, ya que, si se pudiera acceder voluntariamente a la pensión de jubilación sin restricciones, las consecuencias para las arcas de la Seguridad Social serían graves e inasumibles, «no solo por el mayor número de pensiones reconocidas, sino por el coste que supondría financiar los complementos por mínimos correspondientes», lo que sería contrario a las recomendaciones de la UE y su asunción por el Pacto de Toledo.

Ante la duda de si este requisito vulnera o no la [Directiva 79/7/CEE](#), el TSJ de Cataluña da traslado a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la posibilidad de presentar ante el TJUE cuestión prejudicial. La respuesta es positiva por las partes, pero no por el Ministerio Fiscal, que la entendió innecesaria dado que optaba por inaplicar directamente la norma en virtud de la doctrina del tribunal europeo. El INSS, por su parte, solicitó que en caso de plantearse la cuestión se especificaran las razones de la norma, con base en las recomendaciones europeas y del Pacto de Toledo sobre la sostenibilidad del sistema, así como que la restricción en la jubilación anticipada voluntaria deriva de la menor contribución al sistema por sus cotizaciones limitadas y su desequilibrio ante las prestaciones.

El 20 de noviembre de 2019 presenta el TSJ de Cataluña la petición de decisión prejudicial (asunto C-843/19); petición en la que –siguiendo lo solicitado por el INSS– destacó

que el artículo controvertido se aplica a todas las personas trabajadoras integradas en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS), no solo al sistema especial del hogar. Y que la finalidad de este requisito es evitar que se les abone un complemento a la pensión, el cual implicaría una carga para el presupuesto nacional. Asimismo, estima que dicha norma se ajusta a los objetivos de la UE en materia de pensiones, y que consisten en alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación. A este respecto, considera que sería incompatible con la tendencia consistente en aumentar la edad de jubilación y en reforzar los incentivos para prolongar la vida activa, sostenida por la Unión, la posibilidad de que una persona trabajadora adelante voluntariamente la edad de jubilación sin ninguna disminución del importe de su pensión, gracias a la percepción de un complemento a la pensión. Por último, destaca que un requisito como el previsto por dicha disposición no se exige cuando la jubilación anticipada está asociada a una causa ajena a la voluntad de la persona trabajadora, como una reestructuración empresarial, y resulte de aplicación, por consiguiente, el [artículo 207 de la LGSS](#).

Dado que en las cuestiones prejudiciales ante el TJUE es el órgano jurisdiccional nacional el que debe aportar los datos que avalen la discriminación indirecta, la petición de decisión prejudicial recoge diferentes datos estadísticos. A través de ellos, el TSJ de Cataluña pone de manifiesto que, si bien las mujeres representan un abrumador porcentaje en el sistema del hogar (el 89 %), estima que debe tomarse en consideración el conjunto de las personas afiliadas al RGSS, ya que a todas les es de aplicación este precepto. Viene a decir que dentro del RGSS globalmente considerado hay también mujeres que por diferentes motivos (como la crianza, el matrimonio o el trabajo a tiempo parcial) han cotizado por un importe inferior y, en consecuencia, se verían igualmente afectadas por este requisito. En este sentido, señala que de las estadísticas facilitadas por el ministerio se desprende que un porcentaje mucho mayor de mujeres que de hombres jubilados recibe 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\), de la LGSS](#). De modo sintético (cifras que aparecen estadísticamente plenamente respaldadas), en 2018 percibían el complemento por mínimos 422.112 hombres –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.

Por tanto, la cuestión prejudicial no se plantea en relación con las empleadas del hogar, sino del conjunto de las mujeres del RGSS. En concreto, lo que se pregunta es si:

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.

3. Doctrina judicial aplicada

A diferencia de otros pronunciamientos sobre la materia, en este caso, el TJUE se aparta de la estadística, al entender que, si bien de esta se derivaría una discriminación indirecta, la norma que perjudica más a un género puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, considerando que los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios.

Para llegar a esa conclusión, analiza cuáles son los condicionantes que hacen que una norma discrimine de modo indirecto (partiendo de que no hay discriminación directa, dado que la norma controvertida se aplica indistintamente a ambos géneros), para lo que parte del concepto de «discriminación indirecta» recogido en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la [Directiva 2006/54](#), pasando a revisar cada uno de los tres elementos que se recogen en esa norma, y que nosotros tomaremos para sistematizar la sentencia.

a) Existencia de desventaja particular entre sexos: la estadística

Siguiendo la doctrina precedente del TJUE (fundamentalmente, la Sentencia del TJUE –STJUE– de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, Villar Láziz), comienza indagando si la normativa controvertida afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de las personas del otro sexo, lo que lleva al análisis del dato estadístico, como una de las pruebas (no la única) que puede conducir a resolver la posible discriminación. Como hemos adelantado, es el órgano jurisdiccional nacional el que debe aportar los datos estadísticos que avalen la discriminación indirecta; motivo por el cual la sentencia insiste en varias ocasiones en que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si así sucede en el litigio principal».

En este sentido, una de las claves del asunto es determinar qué muestra coger: si solo la relativa a las empleadas del hogar (como argumentó la solicitante) o la del RGSS (como consideró el INSS y el TSJ de Cataluña). Al respecto –y siguiendo la doctrina recogida en la [Sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS, asunto C-223/19](#), apdo. 52–, el TJUE estima que hay que tomar en consideración al conjunto de personas trabajadoras sujetas a la normativa nacional en la que tiene su origen la diferencia de trato. Y opta, como mejor método de comparación, por confrontar las proporciones respectivas de personas trabajadoras a las que afecta y a las que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa y las mismas proporciones entre la mano de obra masculina comprendida en dicho ámbito de aplicación. No entra a valorar si los datos estadísticos aportados por el órgano jurisdiccional cumplen ese criterio, sino que entiende que es competencia de dicho órgano aplicar ese filtro, de modo que acepta que la estadística no se centre solo en las personas afiliadas al régimen especial, sino también en el conjunto de las personas trabajadoras sujetas al RGSS, «ya que la normativa controvertida en el litigio principal se aplica a todos los afiliados a dicho régimen general».

Ahora bien, admitiendo que se centra en el RGSS, la segunda cuestión a dilucidar es qué datos son los relevantes, habiendo dos opciones: tomar únicamente en consideración a las personas a las que se ha denegado una solicitud de pensión de jubilación anticipada por no cumplir el requisito en cuestión; o estar al número de personas jubiladas que perciben un complemento por mínimos y compararlo con el número total de personas jubiladas sujetas a ese régimen (dado que es a quienes lo perciben a las que se les denegaría la jubilación anticipada voluntaria). Pues bien, el TJUE opta por ese segundo criterio, que es el que sigue el TSJ de Cataluña (mientras que por la primera opción abogaban en sus observaciones escritas el INSS y el Gobierno español), al considerar que con la primera opción «no se obtiene una cifra necesariamente indicativa de las personas a las que afecta esta disposición, ya que no cabe excluir que un alto número de estas últimas no haya presentado tal solicitud». Es más, también descarta –como pretendía el INSS y el Gobierno español– extender el análisis estadístico a las personas a las que se hubiera denegado la pensión, no solo por el requisito de la letra c), sino también por los otros dos requisitos (edad y periodo de cotización).

b) Existencia de un objetivo legítimo

Pero no basta con dilucidar si hay o no datos estadísticos que reflejen un trato desfavorable a las mujeres, sino que, para que se considere que hay discriminación indirecta, hay también que ponderar si la norma introducida está justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. En este sentido, el TJUE entiende que la normativa controvertida en el litigio principal quedaría justificada:

[...] si el órgano jurisdiccional remitente llegara a constatar que responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar este objetivo y es necesaria a tal fin, entendiéndose que solo puede considerarse apta para garantizar el objetivo invocado si responde verdaderamente al empeño de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática.

Por tanto, lo que procede es determinar cuál es el objetivo buscado por la norma, para sopesar si es legítimo o no, en los términos del artículo 2 de la [Directiva 2006/54/CE](#). El TSJ de Cataluña indica que en la legislación española se introdujo este requisito partiendo de que el complemento por mínimos es considerado como un mínimo vital. Pues bien, el TJUE advierte dos cuestiones: por un lado, que la atribución de unos ingresos iguales al mínimo social forma parte de la política social de los Estados miembros; por otro, que el abono de un suplemento compensatorio que pretende garantizar medios mínimos de subsistencia a su persona beneficiaria, en los casos en los que la pensión sea insuficiente, constituye un objetivo legítimo de política social que es ajeno a cualquier discriminación basada en el sexo (citando la [Sentencia de 20 de octubre de 2011, Brachner, asunto C-123/10](#), apdos. 89 a 91, y jurisprudencia citada).

Por su parte, el INSS y el Gobierno español alegaron en sus observaciones escritas que, al excluir del acceso a una pensión de jubilación anticipada a las personas que decidan adelantar la jubilación y que, habida cuenta del importe de esa pensión, tendrían derecho a un complemento a la pensión con cargo al Estado, el [artículo 208, apartado 1, letra c\), de la LGSS](#) pretende mantener la viabilidad del sistema de Seguridad Social español y alcanzar un equilibrio sostenible entre el tiempo de vida activa y el transcurrido en situación de jubilación, ya que el acceso sin restricciones a una pensión de jubilación anticipada tendría graves consecuencias para la financiación de ese sistema.

Ante esos argumentos (tanto del TSJ como del INSS), el TJUE recuerda:

- Que dichos objetivos de la normativa nacional controvertida en el litigio principal son conformes con los de la Unión, mencionados en el Libro Verde de la Comisión de 7 de julio de 2010, titulado «[En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros](#)» [COM(2010) 365 final], y en el Libro Blanco de esa institución de 16 de febrero de 2012, titulado «[Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles](#)» [COM(2012) 55 final], consistentes en alcanzar un equilibrio sostenible entre la duración de la vida profesional y la duración de la jubilación, habida cuenta, en particular, de la evolución de la esperanza de vida, para garantizar la adecuación y la viabilidad de los sistemas de jubilación.
- Que, si bien las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos, los objetivos consistentes en asegurar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación pueden, en cambio, considerarse, habida cuenta del amplio margen de apreciación de que disponen los Estados miembros, objetivos legítimos de política social que son ajenos a toda discriminación por razón de sexo (remitiéndose en este aspecto a la [Sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS –Pensiones de empleo del personal directivo–, asunto C-223/19](#), apdos. 60 y 61).

A la vista de estas consideraciones, el TJUE estima que los objetivos invocados por el INSS y el Gobierno español pueden, en principio, justificar una eventual diferencia de trato en perjuicio de las trabajadoras que resulte indirectamente de la aplicación de ese requisito. Y ello porque el mismo es apto para alcanzar dichos objetivos: preservar la situación financiera del sistema de Seguridad Social español y tender a prolongar la vida activa de esas personas. Lo contrario haría que esas personas trabajaran menos tiempo, al jubilarse anticipadamente, sin sufrir al mismo tiempo una reducción del importe de su futura pensión.

c) Medios adecuados para conseguir esos objetivos

En consecuencia, el objetivo es legítimo. A continuación –conforme a la [Directiva 2006/54/CE](#)–, procede sopesar si los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados. Y al respecto, el TJUE hace dos precisiones: a) es una normativa que se aplica de forma coherente y

sistemática, ya que se aplica a todas las personas trabajadoras afiliadas al RGSS; b) no implica medidas que vayan más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, en tanto que solo prohíbe el acceso a una pensión de jubilación a las personas que, con carácter voluntario, pretendan jubilarse anticipadamente; solo a quienes se jubilen tras una decisión deliberada y no por una causa ajena a su voluntad.

En relación con la idoneidad de medios, es interesante destacar que la sentencia comentada alude al impacto que hubiera tenido otra opción legislativa, y ejemplifica una que se asemeja a la que se contempló inicialmente en el Acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011 («una excepción a la garantía del reconocimiento de una cuantía mínima de pensión en los casos de jubilaciones anticipadas voluntarias»), ya que eso sí hubiera menoscabado el objetivo de política social perseguido por esta garantía.

Por todo lo anterior, la sentencia considera que el requisito exigido para jubilarse anticipadamente no supone una discriminación indirecta, aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores, siempre que esta consecuencia quede justificada, no obstante, por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

4. Trascendencia de la sentencia

Esta es la segunda vez que el TJUE se pronuncia sobre el [apartado 1, letra c\), del artículo 208 de la LGSS](#), aunque la primera en la que entra a valorar si de ese precepto se deriva una discriminación positiva, y también la primera ocasión en la que –analizando una norma española de Seguridad Social– estima que no hay discriminación indirecta por existir un objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica que esté objetivamente justificado.

Así, la [Sentencia de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18 \(comentada en el núm. 445 de esta revista\)](#), realizó una innovadora interpretación del concepto «pensión a percibir» en orden a superar el importe mínimo que posibilita acceder a la jubilación anticipada, en caso de personas emigrantes retornadas que percibieran otra pensión vía [Reglamento \(CE\) 883/2004](#).

Ahora, se analiza si el requisito que limita la jubilación anticipada voluntaria a que la pensión a percibir sea superior a la mínima es una medida que discrimina indirectamente a las mujeres. Y, como hemos adelantado, la trascendencia es que antepone un objetivo legítimo (en este caso, el equilibrio financiero del sistema) a la realidad estadística que refleja que las mujeres son las más perjudicadas por una medida aparentemente neutral. En ese sentido, es novedoso tanto respecto de las sentencias en las que sí consideró que había discriminación indirecta (SSTJUE de [22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11](#);

de 9 de noviembre de 2017, [Espadas Recio, asunto C-98/15](#); de 8 de mayo de 2019, [Villar Láiz, asunto C-161/18](#)), como en la que no ([STJUE de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, asunto C-527/13](#)).

La estadística laboral se había convertido en el principal elemento probatorio por excelencia de la discriminación indirecta, principalmente de mano del TJUE, ya que el Tribunal Constitucional (TC) se desmarcó de esa lógica, avanzando con la [Sentencia del TC 91/2019, de 3 de julio \(comentada en el núm. 439 de esta revista\)](#), en la que se considera que las reglas para el cálculo del porcentaje aplicable en la jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial son discriminatorias al margen de la perspectiva de género, basándose solo en la vulneración del principio de igualdad.

Con esta sentencia, por primera vez en lo relativo al sistema de Seguridad Social español, se admite por el TJUE que una norma que perjudique a las mujeres (estadísticamente probado) no implica una discriminación indirecta, siempre que las restricciones estén fundadas en la búsqueda de la sostenibilidad de las pensiones.

En este sentido, consideramos que hay que hacer varias precisiones:

- El requisito contemplado en el [artículo 208.1, apartado c\), de la LGSS](#) es razonable en tanto que se trata de una jubilación voluntaria. Una jubilación de ese tipo, que debe desincentivarse, requiere que la persona solicitante pondere si la penalización que sufrirá su pensión le compensa. Pero si dicha penalización se ve «absorbida» por los complementos por mínimos, si el importe a percibir será el mismo tanto si se trabaja hasta la edad ordinaria, como si se retira anticipadamente, la persona trabajadora no encontrará estímulo en mantener la actividad. Por tanto, con carácter general, es un requisito que entendemos plenamente razonable.
- El sistema especial del hogar es un sistema que continúa siendo muy deficitario en términos de protección social. Las carreras de seguro de las personas afiliadas en este sistema poco tienen que ver con las del resto del RGSS. Por ello, que estadísticamente se haya analizado la eventual discriminación indirecta partiendo solo de los datos del RGSS puede haber «maquillado» considerablemente la dimensión de la verdadera discriminación indirecta que tiene lugar con ese colectivo. En la práctica, se impide jubilarse anticipadamente de modo voluntario a las empleadas del hogar. Es posible que, si el TJUE hubiera ponderado la verdadera discriminación que revela la estadística si la acotamos a este colectivo, con el lastre económico que para el sistema de Seguridad Social y su sostenibilidad representan las pensiones de las empleadas del hogar, quizá el fallo hubiera ido en otro sentido.
- Un colectivo como el de las personas que trabajan en este sector, en el que suelen llegar a los últimos años de su vida laboral en unas condiciones físicas complicadas –habida cuenta de la dureza de su actividad–, se merece estar incluido

dentro de los supuestos que en nuestro ordenamiento permiten la reducción de la edad ordinaria de jubilación por penosidad. Sin embargo, no es así (como tampoco ocurre con numerosos colectivos). Esa falta de previsión normativa para con este colectivo podría salvarse permitiendo que se jubilasen anticipadamente. Pero el examinarlo con las mismas reglas que al resto del RGSS lleva a la conclusión que hemos visto. Realmente, no es un colectivo equiparable, y el que se les cierre *de facto* esa puerta de retiro hace que no tengan más remedio que extender su dura actividad profesional hasta una edad ordinaria que en muchos casos es superior a los 65 años. La única opción que les queda es recurrir a la incapacidad permanente.

Por todo ello, creemos que esta sentencia tiene otro impacto, que es poner de manifiesto la imperiosa necesidad de reformar la figura de jubilaciones a edades reducidas por circunstancias del trabajo realizado, para que el retraso del cese de la actividad pueda implementarse, pero atendiendo a las singularidades de los colectivos cuya actividad profesional es penosa, peligrosa o insalubre, y actualizando estos términos a la realidad actual.