

# Versión anonimizada

C-625/20 - 1

---

**Asunto C-625/20**

## **Petición de decisión prejudicial**

### **Fecha de presentación:**

19 de noviembre de 2020

### **Órgano jurisdiccional remitente:**

Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona (España)

### **Fecha de la resolución de remisión:**

13 de octubre de 2020

### **Parte demandante:**

KM

### **Parte demandada:**

Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

---

### **Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona**

[OMISSIS]

### **AUTO**

En Barcelona, a 13 de octubre de 2020

[OMISSIS] [identificación del tribunal, procedimiento y partes]

### **HECHOS**

**PRIMERO.-** Los presentes autos se incoaron en virtud de demanda presentada el 12 de marzo de 2019, en la que, la parte actora reclamaba que se reconociera la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total (IPT), para su profesión de subalterna de casal, reconocida en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad

Social (INSS) de fecha 20 de marzo de 2018, con otra anterior pensión, también de IPT, para su antigua profesión de auxiliar administrativa, también reconocida en el RGSS, por resolución del INSS de fecha 2 de marzo de 1999.

**SEGUNDO.-** El acto del juicio tuvo lugar, por videoconferencia, el día 15 de julio [Or. 2] de 2020, compareciendo ambas partes, ratificando, la parte actora, los argumentos de su demanda, y el INSS los de las resoluciones impugnadas.

**TERCERO.-** Por providencia de fecha 20 de julio de 2020 se concedió a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo de 10 días para que alegaran lo que a su derecho conviniera sobre la conveniencia de plantear la cuestión prejudicial y sobre el fundamento de la misma.

La parte actora presentó escrito el día 30 de julio de 2020, reiterando sus argumentos, interesando que se estimara la demanda, al no entender aplicable la norma en que se basa la incompatibilidad defendida por el INSS, por considerar que era contraria a la normativa europea, tratándose de una cuestión suficientemente aclarada ya por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Subsidiariamente, solicitó que se planteara cuestión prejudicial.

El INSS, en fecha 24 de agosto de 2020, presentó escrito oponiéndose al planteamiento de la cuestión prejudicial, alegando que una de las directivas invocadas por la parte actora, la 2006/54, ni siquiera era aplicable al caso; que resultaba contradictorio lucrar dos prestaciones de IPT para distintas profesiones cuando, por concepto, la profesión habitual solo podía ser una, la última; que, para el reconocimiento de la segunda pensión de IPT, también se debían valorar las lesiones que justificaron la primera; que las normas permitían el cómputo recíproco de cotizaciones en los distintos regímenes; y que los datos estadísticos en los que se basaba el planteamiento de la cuestión no eran suficientemente precisos en relación a la cuestión debatida, siendo muy reducidos los efectos prácticos de la regulación legal en materia de compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente.

El Ministerio Fiscal, en fecha 8 de octubre de 2020, presentó escrito declinando el ofrecimiento de informar por no haber sido parte en el proceso principal.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Hechos probados en juicio.

En el acto del juicio se probaron los siguientes hechos, que así se declararán en la sentencia definitiva:

1. - La demandante, D.<sup>a</sup> KM ..., nacida el 9 de junio de 1964, [OMISSIS] se encuentra afiliada a la Seguridad Social [OMISSIS]<sup>1</sup> y en situación de alta, o

<sup>1</sup> [OMISSIS]

asimilada al alta, en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) (hecho no controvertido).

2. - Por resolución del INSS de fecha 2 de marzo de 1999 se declaró a la demandante en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de auxiliar administrativa, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir la correspondiente prestación, con efectos a 19 de noviembre de 1998, con arreglo a una base reguladora de 66.247 pesetas mensuales [OMISSIS]. [identificación de la enfermedad causante, infarto cerebral]

La base reguladora se calculó considerando las bases de cotización del período comprendido entre mayo de 1989 y abril de 1994 [OMISSIS]. [Or. 3]

3. - La actual profesión habitual de la demandante es la de subalterna de casal (hecho no controvertido).

4. - La demandante inició un período de incapacidad temporal el día 18 de julio de 2016, agotando el plazo máximo el día 13 de enero de 2018, solicitando la prestación el día 18 de diciembre de 2017 [OMISSIS].

[OMISSIS] [identificación de la causa, fractura de fémur]

El día 20 de marzo de 2018 la Dirección Provincial del INSS dictó resolución por la que se declaraba a la demandante afecta de incapacidad permanente total, derivada de accidente no laboral, con derecho a percibir la correspondiente prestación, con arreglo a una base reguladora de 1 292,49 euros mensuales [OMISSIS].

La base reguladora se calculó considerando las bases de cotización del período comprendido entre febrero de 2015 y enero de 2017 [OMISSIS].

Contra dicha resolución fue interpuesta la oportuna reclamación en vía previa, que fue desestimada el día 23 de enero de 2019 [OMISSIS].

5. - La demandante, [OMISSIS] además [de las dolencias citadas], padece secuelas de ictus, con pérdida de la motricidad fina de la mano derecha.

6. - Con arreglo al informe de vida laboral de la demandante [OMISSIS], constan cotizados [OMISSIS] [4 274 días] posteriores a 1999[.]

[OMISSIS] [desglose anual de períodos cotizados]

7. - A fecha 31 de enero de 2020 la composición de los distintos regímenes de la Seguridad Social es la siguiente:

Régimen general (RGSS) (excluidos los sistemas especiales de empleados de hogar y agrario): total de afiliados de alta: 14 597 983. De ellos, 7 576 250 hombres, 7 019 729 mujeres (lo que representa el 48,09%), y 4 sin sexo atribuido.

Sistema especial agrario del RGSS: 745 911. De ellos, 443 502 hombres, y 302 409 mujeres (lo que representa el 40,54%).

Sistema especial de empleados de hogar del RGSS: 391 456. De ellos, 17 205 hombres, 374 250 mujeres (lo que representa el 95,60%), y 1 persona sin sexo atribuido.

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) (excluidos los del sistema especial de trabajadores agrarios): 3 059 179. De ellos, 1 953 169 hombres, y 1 106 010 mujeres (lo que representa el 36,15%).

Sistema especial agrario del RETA: 185 111. De ellos, 126 712 hombres, y [Or. 4] 58 399 mujeres (lo que representa el 31,55%).

Régimen Especial de la Minería del Carbón: 1 254. De ellos, 1 154 hombres, y 100 mujeres (lo que representa el 7,97%).

Régimen Especial del Mar (trabajadores por cuenta ajena): 46 765. De ellos, 41 391 hombres, y 5 374 mujeres (lo que representa el 11,49%).

Régimen Especial del Mar (trabajadores por cuenta propia): 13 936. De ellos, 9 656 hombres, y 4 280 mujeres (lo que representa el 30,71%).

**SEGUNDO.- Exposición de la controversia.**

El sistema español de Seguridad Social se estructura en diversos regímenes. Los más importantes y numerosos son el régimen general (RGSS), que engloba, con carácter general, a los trabajadores por cuenta ajena de cualquier sector productivo, y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), que incorpora, con carácter general, a los trabajadores por cuenta propia de cualquier sector productivo.

La acción protectora de ambos regímenes contempla, entre otras, prestaciones de incapacidad permanente (IP), para proteger la situación de necesidad que se produce cuando el beneficiario, por dolencias, no puede trabajar. Los principales grados de IP son la total (IPT), cuando las patologías no permiten seguir desarrollando la profesión habitual, y la absoluta (IPA), cuando el cuadro patológico no permite desarrollar ninguna actividad.

La prestación consiste en una pensión vitalicia.

En caso de que las dolencias deriven de enfermedad común, para acceder a la pensión es necesario un período previo cotizado. No, en el caso de que las dolencias deriven de un accidente no laboral.

La base reguladora que determina el importe de la pensión se calcula considerando las bases de cotización inmediatamente anteriores.

A la demandante le reconocieron, en el año 1999, una pensión de IPT en el RGSS para su antigua profesión de auxiliar administrativa. Y, con posterioridad, en el año 2018, otra pensión de IPT para su nueva profesión de subalterna de casal.

A pesar de que las prestaciones se reconocieron para diferentes profesiones, en atención a distintas dolencias, accediendo a las mismas considerando distintos períodos cotizados, y calculando su importe con arreglo a distintas bases de cotización, el INSS considera que son incompatibles, en base a lo previsto en el art. 163.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

La doctrina jurisprudencial más autorizada sí reconocería la compatibilidad de ambas pensiones de IPT si se hubieran reconocido en diferentes regímenes (lo más común, en el RGSS y en el RETA).

Como la proporción de mujeres en los regímenes especiales, significativamente en el RETA, es muy inferior a la de hombres (a 31 de enero de 2020, el 36,15%), la parte actora considera que el régimen de incompatibilidades genera una discriminación indirecta por razón de sexo o de género, pues siendo aparentemente neutro, dificulta en mayor medida la compatibilidad para las mujeres, pues la afiliación de estas a los regímenes especiales —distintos del RGSS— es muy inferior proporcionalmente a la de los hombres.

### **TERCERO.- Criterio del órgano judicial remitente.**

El titular del órgano judicial remitente considera que el actual régimen de compatibilidad de prestaciones genera una discriminación indirecta por razón de sexo o de género, prohibida por la normativa europea. **[Or. 5]**

Así, tal y como sostiene el letrado del INSS, la regulación legal impide la compatibilidad de las dos prestaciones de IPT en el RGSS reconocidas a la demandante.

El art. 163.1 de la LGSS dispone: *«las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas».*

La doctrina jurisprudencial más autorizada ha interpretado esta disposición, *a sensu contrario*, admitiendo la compatibilidad de dos prestaciones reconocidas en regímenes diferentes (el RGSS y otro, normalmente el RETA), siempre y cuando la cotización en cada régimen fuera suficiente para acceder a la prestación, incluso aunque el reconocimiento se funde en unas mismas lesiones. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS), de 14 de julio de 2014, dictada resolviendo el recurso de casación para unificación de doctrina (RCUD) n.º 3038/2013.

Los argumentos apuntados por el Tribunal Supremo al respecto son, en esencia, los siguientes:

- a) Los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen.
- b) La incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución.
- c) En caso de concurrencia de pensiones, lo «jurídicamente correcto» en tal supuesto es reconocer «la nueva pensión», ya que así se permite que el asegurado ejercite el derecho de opción que le atribuye la LGSS.
- d) La misma naturaleza contributiva del sistema determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas.

Y en base a semejantes argumentos, especialmente el señalado con la letra a, no habría inconveniente para reconocer, con carácter compatible, incluso en base a un mismo cuadro patológico, dos prestaciones de incapacidad permanente, incluso en grado de absoluta (IPA), en distintos regímenes de la Seguridad Social, normalmente en el RGSS y en el RETA. La IPA del RETA vendría a compensar la imposibilidad de desarrollar cualquier actividad productiva por cuenta propia. Y la IPA del RGSS compensaría la pérdida de la capacidad de desarrollar cualquier actividad productiva por cuenta ajena.

Por tanto, resumiendo, nuestro actual sistema legal, con arreglo a la interpretación dada por la doctrina jurisprudencial, permite compatibilizar dos prestaciones por IPT reconocidas en distintos regímenes, incluso en base a las mismas lesiones; pero prohíbe percibir dos prestaciones de IPT, proyectadas sobre diferentes profesiones, reconocidas en el RGSS.

Y ello, aunque ambas prestaciones se hayan generado con distintas y sucesivas cotizaciones, como es el caso de la demandante.

Estaría justificado denegar la compatibilidad de ambas prestaciones si las mismas se hubieran ganado, en todo o en parte, con unas mismas cotizaciones (en este sentido el argumento jurisprudencial antes señalado con la letra d). Y por eso, tampoco se reconocería la compatibilidad de prestaciones reconocidas en distintos regímenes si en cada uno de ellos no se acredita cotización propia suficiente para el reconocimiento de la prestación.

Pero en nuestro caso, como se ha declarado probado, la demandante acredita cotización suficiente e independiente para acceder a ambas prestaciones, en función [Or. 6] del momento en que fueron reconocidas, de la contingencia y de la edad que tenía en el momento del hecho causante.

La IPT reconocida en el año 1999 se generó, evidentemente, por las cotizaciones anteriores. Y la del año 2018 no precisaba un período previo de cotización, pues derivaba de accidente no laboral, bastando el alta en la Seguridad Social.

Pero es más; aunque la IPT del año 2018 derivara de enfermedad común, la actora acreditaba cotización suficiente, posterior al año 1999, para acceder a la prestación.

Así, de conformidad con lo previsto en el art. 195.3.b de la LGSS, la demandante, al ser mayor de 31 años, precisaba como cotización previa la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los veinte años y la del hecho causante de la pensión, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. Además, al menos la quinta parte del período de cotización exigible debería estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

La demandante nació el 9 de junio de 1964, cumplió 20 años el 9 de junio de 1984, y el hecho causante, en caso de enfermedad común, sería el 22 de diciembre de 2017, fecha del reconocimiento médico en vía administrativa. Entre el 9 de junio de 1984 y el 22 de diciembre de 2017 transcurren 33 años, 6 meses y 11 días (12 236 días en total).

La cuarta parte es 3 059 días. Y la quinta parte 611,80 días.

Por tanto, para no computar las cotizaciones anteriores al 2 de marzo de 1999 la demandante precisaría acreditar 3.059 días cotizados desde entonces, de los cuales, 612 días deberían estar comprendidos en el período posterior al 22 de diciembre de 2007.

Y como consta en el informe de vida laboral de la demandante, [OMISSIS] la demandante acredita, con posterioridad al año 1999, más de 4 000 días cotizados; y de ellos, más de 3.000 con posterioridad al 22 de diciembre de 2007.

Por tanto, en cualquier caso, incluso con independencia de la contingencia, la demandante ha cotizado lo suficiente para ser tributaria de ambas pensiones, sin que un mismo período cotizado tenga que computarse para la carencia de ambas prestaciones.

Semejante solución, la de denegar la compatibilidad de prestaciones causadas en un mismo régimen (normalmente el RGSS) y la de reconocer la compatibilidad de las causadas en distintos regímenes (normalmente el RGSS y el RETA), a pesar de ganarse, en todo caso, las distintas prestaciones, con cotizaciones independientes, genera una discriminación indirecta por razón de sexo.

Discriminación que estaría prohibida por los arts. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y 5 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 (refundición), para el caso de que esta última fuera aplicable, acertadamente invocadas por la parte actora.

Efectivamente, la aplicación de la regla antes vista sobre incompatibilidad de prestaciones es aparentemente neutra respecto al sexo, pues no distingue por sexo, sino por regímenes. Pero su aplicación práctica puede tener una mayor incidencia sobre el sexo o género femenino.

Si analizamos la composición por sexos de los diferentes regímenes de la Seguridad Social, podremos vislumbrar el efecto perverso denunciado por la parte actora.

Nos fijaremos únicamente en el RGSS y en el RETA, al ser los que mayor número de afiliados acumulan, siendo en proporción verdaderamente marginales el resto de regímenes, o sistemas especiales, respecto a aquellos.

Como se ha declarado probado, el mayor, con diferencia, es el RGSS, que agrupa, para la generalidad de sectores, a los trabajadores por cuenta ajena, con más de 14,5 millones de afiliados. Y la proporción por sexos en el mismo está bastante equilibrada, representando las mujeres el 48,09%. [Or. 7]

En cambio, en el RETA, que integra a los trabajadores por cuenta propia de la generalidad de sectores, también con un volumen de afiliados importante, más de 3 millones, la proporción por sexos está desequilibrada, representando las mujeres solo el 36,15%, que en absoluto se corresponde con el volumen que representa la población femenina en el total nacional ni en el colectivo de personas activas.

Así las cosas, si la compatibilidad de prestaciones solamente es posible respecto de las ganadas en diferentes regímenes (normalmente el RGSS y el RETA) y la proporción de hombres en el RETA es muy superior a la de mujeres, podemos llegar a la conclusión de que el reconocimiento de la compatibilidad de prestaciones será mucho más factible en caso de hombres que de mujeres.

La aplicación de la normativa sobre incompatibilidad de prestaciones perjudicará porcentualmente en mayor medida a las mujeres que a los hombres, sin que haya una razón objetiva para ello, pues, como se ha apuntado, estamos siempre en el supuesto de que ambas prestaciones se hayan reconocido con cotizaciones independientes (en otro caso la incompatibilidad estaría justificada).

Además, lo anterior implicaría no solo una discriminación indirecta por razón de sexo, [sino también], y puede que principalmente, por razón de género, pues la menor presencia de la mujer en el RETA es reflejo de la mayor dificultad para el emprendimiento autónomo de una actividad productiva que tradicionalmente le ha deparado el rol socialmente asumido de cuidadora y ama de casa, todavía no totalmente desterrado.

Especialmente en el caso de las pasadas generaciones, pero todavía activas, la mujer se incorporaba más tarde al mercado laboral, a veces cuando los hijos ya estaban criados, en trabajos principalmente a tiempo parcial —para compatibilizarlos con el cuidado del hogar— y menor cualificados —por una menor posibilidad de formación y progresión profesional—.

Lógico resulta, entonces, que la integración en el mercado laboral con tan adversas circunstancias haya sido, mayoritariamente, en trabajos por cuenta ajena, y no tanto por cuenta propia, contando que, además, el tradicional rol social de cuidadora le dificultaba el acceso a la financiación y al capital necesario para el desarrollo de una actividad por cuenta propia.

Por todo lo anterior se estima oportuno plantear cuestión prejudicial. Y aunque la prohibición de discriminación, tanto por sexo como por género, directa o indirecta, está suficientemente consolidada y perfilada en el Derecho de la Unión Europea, se considera necesario un pronunciamiento al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al no constar que en alguna sentencia anterior se haya analizado el específico problema de la compatibilidad de prestaciones y poder existir alguna razón objetiva que no haya sido advertida y que justifique la norma nacional. No pueden compartirse, por tanto, los argumentos de la parte actora sobre el acto claro/aclarado.

A mayor abundamiento, el INSS cuestiona, también, la aplicación al caso de la Directiva 2006/54/CE, aunque, en cualquier caso, sí reconoce que resulta de aplicación la Directiva 79/7/CEE; por lo que la concordancia entre ambas normativas, la nacional y la europea, dista mucho de ser una cuestión clara.

No convencen, en cualquier caso, las alegaciones del INSS esgrimidas para justificar la incompatibilidad legal.

Cierto es que la prestación de IPT tiene como finalidad la compensación por la pérdida de rentas que implica no poder seguir desarrollando la profesión habitual por causas médicas, y que profesión habitual, por concepto, solo puede ser una. Pero que la profesión habitual sea, en cada momento, única, no impide que la misma pueda variar a lo largo del tiempo. La primera prestación de IPT compensaría la pérdida de capacidad para poder seguir desarrollando la que hasta ese momento era la profesión habitual de la demandante, obligándole a reciclarse y formarse para poder desempeñar otra actividad. Y la segunda prestación de IPT compensaría la pérdida de capacidad para **[Or. 8]** seguir ejerciendo su nueva profesión habitual. Por otro lado, ese mismo argumento debería impedir la compatibilidad de dos pensiones de IPT ganadas en diferentes regímenes; y ya hemos visto que no es así.

Diferente sería el caso de que la segunda pensión reconocida fuera por IPA, pues en tal caso lo que vendría a compensar es la imposibilidad de desarrollar cualquier actividad productiva, que absorbería la de poder seguir ejercitando una concreta profesión. Pero ya hemos visto que no es el caso de la demandante. Y sin duda,

por ello, la pretensión de reconocimiento del grado de IPA se ha ejercitado en la demanda con carácter subsidiario respecto a la principal, dirigida a obtener la compatibilidad de prestaciones.

Se podría compartir el criterio expuesto por el INSS para justificar que unas mismas lesiones no puedan permitir el reconocimiento de dos prestaciones de IPT. Pero no podemos olvidar que, como ya se ha expuesto, un mismo cuadro patológico no impide acceder a dos prestaciones de IPT compatibles en dos regímenes diferentes (RGSS y RETA), y lo que ahora se está denunciando es que esa posibilidad no quepa en el caso de dos pensiones de IPT reconocidas en el RGSS.

En cualquier caso, se estima pertinente, por ello, formular una segunda pregunta, subsidiaria de la principal, por si fuera necesario matizar que la incompatibilidad solo estaría justificada, y no sería discriminatoria, en caso de que las prestaciones se hayan reconocido en atención a unas mismas dolencias.

No estamos ante un caso de cómputo recíproco de prestaciones. Ya se ha argumentado que las cotizaciones que permitieron el acceso a la primera IPT no son las que respaldan la segunda IPT. Y no solo porque esta última derive de accidente no laboral; también sería así aunque la contingencia fuera enfermedad común.

Por último, se han apuntado los datos estadísticos de los que se dispone, poniendo en foco en los dos regímenes principales, el RGSS y el RETA, pues el resto, ciertamente, son marginales por su volumen. No se dispone de datos estadísticos más precisos y ajustados para el asunto que nos ocupa, como el número de personas a las que se les ha denegado la compatibilidad de dos prestaciones de IPT en el RGSS, con desagregación por sexos. El propio INSS no ha facilitado los datos.

Y que el supuesto de hecho sea verdaderamente excepcional, pues no es común que a una persona se le reconozcan dos pensiones de IPT en el mismo régimen de la Seguridad Social, y con respaldo en cotizaciones diferentes, no enerva la eventual discriminación que podría apreciarse respecto al caso de reconocimiento de dos pensiones de IPT reconocidas en regímenes diferentes (RGSS y RETA). Un solo caso, como el que ahora nos ocupa, justifica el planteamiento de la cuestión.

**CUARTO.- Derecho español aplicable.**

A.- Ley General de la Seguridad Social (LGSS), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre:

Art. 193.1:

*“La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones*

*anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo". [Or. 9]*

La disposición transitoria 26.<sup>a</sup> de la LGSS dispone que, en tanto no se desarrolle reglamentariamente el art. 194 (desarrollo que todavía no se ha llevado a cabo), serán aplicables las siguientes normas (que derivan de la regulación anterior):

*«1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:*

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.*
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.*
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.*
- d) Gran invalidez.*

*2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.*

*3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.*

*4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.*

*5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.*

*6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.»*

Art. 163.1:

*«Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo*

*contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.»*

Interpretación jurisprudencial antes apuntada, que sí reconoce la compatibilidad cuando ambas prestaciones se han generado, con cotizaciones independientes, en diferentes regímenes.

B.- Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre Cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de Seguridad Social

Art. 1:

*«Ámbito subjetivo*

*1. Las normas de este Real Decreto serán de aplicación para determinar los derechos que puedan causar para sí, o para sus familiares, quienes acrediten cotizaciones en más de uno de los regímenes de Seguridad Social que a continuación se expresan:*

*a) Régimen de clases pasivas del Estado.*

*b) Régimen general y regímenes especiales del Sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos.*

*2. La coordinación interna, así como el cómputo recíproco de cuotas entre los regímenes a que se refiere la letra b) del número anterior, se regirá, sin excepciones, [Or. 10] por las normas establecidas al efecto en su legislación propia.»*

Art. 4:

*«Coordinación de funciones y cómputo recíproco de cotizaciones*

*1. En los casos de pensiones de jubilación o retiro, invalidez permanente o muerte y supervivencia, cuando el causante tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos de cotización en más de un régimen de los referidos en el art. 1.1 del presente Real Decreto, dichos períodos, y los que sean asimilados a ellos que hubieran sido cumplidos en virtud de las normas que los regulen, podrán ser totalizados a solicitud del interesado, siempre que no se superpongan, para la adquisición del derecho a pensión, así como para determinar, en su caso, el porcentaje por años de cotización o de servicios aplicable para el cálculo de la misma.*

[OMISSIS] [normas sobre órgano competente para el reconocimiento]

(...)

Art. 5:

*«Incompatibilidad*

1. Reconocida una pensión por el órgano o la Entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para el derecho a aquélla, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambas cosas, hubiese dependido de las cotizaciones computadas de otro régimen, tal pensión será incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en este último.

*En tal caso, el interesado podrá optar por una de ambas pensiones.*

2. Asimismo, será incompatible el percibo de la pensión reconocida con la prestación de servicios o la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, que den lugar a la inclusión del causante de la pensión en un régimen de los enunciados en el art. 1.1 de esta norma, en los supuestos en que se hayan totalizado períodos correspondientes a un régimen que tenga establecida tal incompatibilidad».

**QUINTO.- Derecho de la Unión Europea aplicable.**

A.- 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:

-Art 1: «La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el art. 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.»

-Art. 2: «La presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por [Or. 11] enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos.»

-Art. 3.1: «La presente Directiva se aplicará

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

- enfermedad,
- invalidez,
- vejez,
- accidente laboral y enfermedad profesional,
- desempleo;

b) *a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes contemplados en la letra a) o a suplirlos.»*

- *Art. 4.1: «El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:*

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

- *la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,*

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

B.- 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 (refundición):

*-Art. 1: «La presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.*

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

a) *el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional;*

b) *las condiciones de trabajo, incluida la retribución;*

c) *los regímenes profesionales de seguridad social.*

*Contiene, además, disposiciones para garantizar que dicha aplicación sea más eficaz mediante el establecimiento de los procedimientos adecuados.»*

*-Art. 2: «1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:*

a) *“discriminación directa”: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable;*

b) *“discriminación indirecta”: la situación en 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 dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios;*

(...)

f) “*regímenes profesionales de seguridad social*”: los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o [Or. 12] autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa.»

-Art. 5: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4, en los regímenes profesionales de seguridad social no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo a:

- a) *el ámbito de aplicación de dichos regímenes y las condiciones de acceso a los mismos;*
- b) *la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones;*
- c) *el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.»*

Vistos los preceptos citados, y demás de general observancia,

## **PARTE DISPOSITIVA**

**SUSPENDO** el plazo para dictar sentencia, y **ACUERDO** elevar al **Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial (2 preguntas):**

1. - «¿Es contraria a la normativa europea recogida en los art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y art. 5 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 (refundición), pudiendo provocar una discriminación indirecta por razón de sexo o de género, la norma española sobre compatibilidad de prestaciones, recogida en el art. 163.1 de la LGSS, interpretada por la doctrina jurisprudencial, que impide compatibilizar dos prestaciones de incapacidad permanente total reconocidas en el mismo régimen, mientras que sí reconoce su compatibilidad en caso de ser reconocidas en diferentes regímenes, aunque en todo caso se hayan ganado en base a cotizaciones independientes, atendida la composición de sexos de los distintos regímenes de la Seguridad Social española?»

2. - En caso de respuesta negativa a la primera pregunta, «¿podría ser la normativa española contraria a la europea antes apuntada en caso de que ambas prestaciones tuvieran por causa diferentes lesiones?».

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que proceda contra la sentencia definitiva.

Así, por esta, mi resolución, lo pronuncio, mando y firmo. **[Or. 13]**