

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Las Palmas)

Sentencia 186/2021, de 17 de febrero de 2021

Sala de lo Social

Rec. n.º 641/2020

SUMARIO:

Pensión de jubilación. Carencia específica. Teoría del paréntesis. Cuestión nueva. Solicitante inscrita como demandante de empleo que acredita 198 días cotizados frente a los 719 que le eran exigidos. Es evidente que no es posible computar los días de inscripción como demandante de empleo como si de cotización efectiva se tratara (que es lo que ahora pretende la parte en su novedoso planteamiento), lo cual es totalmente contradictorio con lo argumentado ante el Juzgado de instancia pues si se equiparase la situación de paro involuntario no subsidiado a tiempo cotizado no sería necesario hacer ningún paréntesis. **Sala General. Voto particular. Discriminación indirecta.** Entiende la magistrada disidente que debió plantearse cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE. Que las partes no hayan cuestionado el impacto discriminatorio de la regulación de los periodos paréntesis en el acceso a la pensión de jubilación, no impide a este órgano judicial el planteamiento de la cuestión prejudicial si sospecha de la falta de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho de la UE, pues ello no fue impedimento en el caso de las SSTJUE de 14 de septiembre 2016 [C-596/14 - Asunto Diego Porras (NSJ054711)] y de 21 de noviembre de 2018 [C-619/17- Asunto Diego Porras 2 (NSJ059152)], entre otros. El principio de diligencia debida (arts. 9.2, 10.2 y 96.1 CE) vincula a todos los poderes del Estado y cuando se trata de derechos constitucionales (arts. 14 CE y 21.1 de la CDFUE), protegidos, además, por Tratados internacionales y Regionales de Derechos Humanos (CEDAW, CEDH), debe prevalecer el principio *pro persona* frente a interpretaciones procesales rigoristas. El artículo 205.1 b) del TRLGSS no ha tenido en cuenta, en la aplicación del período de carencia específico la excepción (doctrina del paréntesis), el impacto de género adverso que tal requisito tiene sobre las mujeres trabajadoras que estadísticamente sostienen los cuidados de hijos/as y personas dependientes. Incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha omitido extender la doctrina del paréntesis a casos en los que la persona trabajadora deba abandonar el mercado de trabajo por causa de los cuidados de personas dependientes, exigiéndose siempre formalmente el *animus laborandi* como elemento central en la aplicación jurisprudencial de la doctrina del paréntesis. Se plantea si dicha situación se opone al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.

PRECEPTOS:

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), art. 205.1 b).

PONENTE:

Don Javier Ramón Díez Moro.

Magistrados:

Don HUMBERTO GUADALUPE HERNANDEZ
Doña MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ
Doña MARINA MAS CARRILLO
Don JAVIER RAMON DIEZ MORO
Doña GLORIA POYATOS MATAS
Doña YOLANDA ALVAREZ DEL VAYO ALONSO

Sección: MAR

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín N° 6 Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 00

Fax.: 928 30 64 08

Email: socialtsj.lpa@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000656/2019-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria

Rollo: Recursos de Suplicación Nº Rollo: 0000641/2020

NIG: 3501644420190006664

Materia: Prestaciones

Resolución: Sentencia 000186/2021

Recurrente María Purificación Abogado: ISAIAS GONZALEZ GORDILLO

Recurrido INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Recurrido TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

SERVICIO JURÍDICO SEGURIDAD SOCIAL LP

En Las Palmas de Gran Canaria, a 17 de febrero de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria, constituida en Sala General, integrada del modo siguiente:

Presidente:

D./D^a. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ

Magistrados:

D./D^a. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ

D./D^a. MARINA MAS CARRILLO

D./D^a. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO (Ponente)

D./D^a. GLORIA POYATOS MATAS, y

D/D^a. YOLANDA ÁLVAREZ DEL VAYO ALONSO

ha pronunciado

la siguiente

EN NOMBRE DEL REY

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000641/2020, interpuesto por Dña. María Purificación, frente a la Sentencia 000490/2019 del Juzgado de lo Social Nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria dictada en los Autos Nº 0000656/2019 -00 en reclamación de Prestaciones siendo Ponente el ILTMO. SR. D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en Autos, se presentó demanda por D^a María Purificación, en reclamación de prestaciones siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y tras celebrarse el acto del juicio se dictó Sentencia desestimatoria el día 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado de referencia.

Segundo.

En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

"1. La parte actora nacido el NUM000-1953.

2. He figurado en alta de la seguridad social durante quince años, seis meses y catorce días,

3. Así mismo figuro inscrita en el Servicio Público de Empleo como demandante de empleo en los siguientes periodos:

Desde 26-03-2004 hasta el 13-06-2016

Desde 03-08-2016 hasta el 19-09-2016

Desde 07-10-2016 hasta el 07-03-2017

Desde 11 -07-2017 hasta el 13-09-2017

4. El actor solicitó pensión de jubilación y el INS, dicta resolución por la que deniega la prestación de jubilación de fecha de 30.04.2019 por las siguientes causas: Por no acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 205. 1. b) de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE 31/10/2015), una vez aplicado el coeficiente de parcialidad correspondiente, según lo establecido en el artículo 247 de dicho texto legal .En la fecha del hecho causante reúne usted 198 días cotizados en los últimos 15 años, siendo necesario, en su caso, acreditar 719 días, según lo establecido en la legislación mencionada en el apartado anterior. Por no tener cumplidos sesenta y cinco años y seis meses de edad en la fecha del hecho causante, edad exigida para acceder a la pensión de jubilación ordinaria durante el año 2018 con menos de 36 y seis meses cotizados, según lo dispuesto en la disposición transitoria séptima de la Ley General de la Seguridad Social .

5. Interpuso reclamación previa que fue desestimada.

6. Desde 09-06-2016 la actora trabajó en varios empleos cesando en su obligación de cotizar el 30-05-2018 con la finalización de su último trabajo,.

7. Constan cotizados desde el 30-05-2003 a 30-05-2018 198 días.

8. La fecha de efectos en caso de estimación de la demanda es de 27-04-2019 , la base reguladora de 352,18 euros y el porcentaje del 52,94 %."

Tercero.

El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

"Que Desestimando la demanda interpuesta por María Purificación contra INSS , TGSS en reclamación por jubilación debo de absolver a los demandados de todos los pedimentos deducidos en su contra."

Cuarto.

Que contra dicha Sentencia se interpuso Recurso de Suplicación por D^a María Purificación. Recibidos los Autos por esta Sala se formó el oportuno rollo pasándose a la Magistrada ponente D^a GLORIA POYATOS MATAS para su estudio y señalándose para votación y fallo.

Sin embargo, la referida Magistrada ponente en su día designada anunció en la deliberación su intención de hacer voto particular discrepante por no compartir el criterio del resto de la Sala, razón por la que se acordó asignar al recurso un nuevo ponente y que fuese deliberado en Sala General, señalándose así nueva fecha para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La demandante, inscrita como demandante de empleo al tiempo de formular solicitud de pensión de jubilación, impugnó judicialmente la resolución administrativa que, conforme a lo dispuesto en el art. 205.1 b) de la LGSS, le denegó el reconocimiento de su solicitud de pensión de jubilación por no cumplir con el requisito de tener una carencia específica de cotización de dos años en los 15 inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, periodo de referencia en el que reunía tan solo 198 días pese a que eran exigibles 719.

Afirmaba entender la solicitante en su demanda que reunía "los periodos cotizados exigibles" y se solicitaba la aplicación de la teoría del paréntesis, acuñada por la jurisprudencia "para los espacios de tiempo durante los que el interesado no tuvo posibilidad legal de cotizar por haber permanecido en una situación que no lo permitía pero que merece protección especial", citando al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17/11/1992, rec. 354/1992, todo ello para terminar finalmente suplicando que se le reconociera la pensión de jubilación en su día interesada.

El INSS se opuso a la demanda alegando que no era posible aplicar la pretendida doctrina del paréntesis a fin de reconocer la pensión a la demandante pues, pese a figurar inscrita como demandante de empleo -aunque con ciertas lagunas- desde marzo de 2004 en adelante, resultaba que durante más de 11 años había estado apartada del sistema de Seguridad Social, en concreto entre los meses de julio de 1991 (en que se extinguió una prestación por desempleo) hasta noviembre de 2002 (en que constaba su inscripción como demandante de empleo).

La sentencia dictada por el Juzgado de instancia desestimó la demanda razonando que cuando, como en el caso de la actora, se esté en alta o situación asimilada y no se tenga obligación de cotizar, para calcular la carencia específica se ha de aplicar la denominada teoría del paréntesis retrotrayendo el cómputo de los 15 años del periodo de referencia a la fecha en la que cesó la obligación de cotizar, paréntesis que se abre en el momento de la solicitud de la pensión y se cierra en la fecha de la inscripción como demandante de empleo, siendo a partir de este último momento en el que había que computar hacia atrás los 15 años dentro de los cuáles se tenía que acreditar la carencia específica (citando al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14/03/2012, rec 4674/10), lo que para el Juez "a quo" comportaba en este caso retrotraer el cómputo del periodo al momento en que cesó la obligación de cotizar, es decir, cuando la demandante cesó en su último trabajo, que fue en fecha 30/05/2018. En base a ello concluía que, constando cotizados desde el 30/05/2018 al 30/05/2003 tan solo 198 días, no se cumplía la carencia específica y por ello se desestimaba la demanda.

Frente a la anterior sentencia se alza en suplicación la parte demandante articulando un motivo de revisión fáctica de acuerdo con la letra b) del art. 193 de la LRJS, así como un motivo de censura jurídica encauzado a través del apartado c) del art.193 LRJS, todo ello en los términos que seguidamente exponremos, sin que el recurso fuese objeto de impugnación.

Segundo.

En el primer motivo del recurso se solicita que se proceda a dar una nueva redacción al hecho probado 3º a fin de adicionar al mismo lo siguiente:

"....Así mismo, la actora figura como beneficiaria de la renta activa de inserción los siguientes períodos:

Desde e/ 30-06-2007 a 29-05-2008

Desde el 02-06-2009 a 01-05-2010"

Explica la parte recuente que la adición fáctica propuesta tiene apoyo documental en el contenido del informe de vida laboral aportado por el INSS, obrante al folio nº 32 de autos (lo cual es cierto), y que la modificación postulada resultaría de relevancia pues permitiría concluir que los periodos asimilados al alta superaban el periodo de carencia de 719 días en los quince años anteriores al hecho causante, ya que los periodos en los que la actora estuvo como demandante de empleo eran asimilados al alta y, en consecuencia, debían ser -a juicio del recurrente- contabilizados como periodo de carencia para poder acceder a la prestación de jubilación.

En el segundo motivo se denunciaba infracción del art. 1. 2 OM de 18 de enero de 1967, publicada en el BOE 26 enero 1967, alegando que, si bien para ser beneficiario de la pensión de jubilación se precisa acreditar un periodo mínimo de cotización de 15 años, de los que dos han de estar comprendidos dentro de los 15 inmediatamente anteriores al hecho causante ("ex" art. 205. 1 b) LGSS), apelaba la parte a la relativización del requisito genérico de estar en alta, y ello en base a la amplia lista de situaciones asimiladas al alta que la normativa establecía para la pensión de jubilación, siendo una de ellas (mencionada en el precepto invocado como infringido) la situación legal de desempleo total y subsidiado, así como la de paro involuntario una vez

agotadas las prestaciones contributivas o asistenciales por desempleo siempre que se mantenga la inscripción como demandante de empleo en la correspondiente Oficina de Empleo.

Tras dicha exposición se afirmaba por la parte recurrente que en el presente caso la solicitante contaba, según su informe de vida laboral, con quince años, seis meses y trece días en situación de alta y que en los quince años anteriores a la fecha del hecho causante (que situaba a fecha 26/04/2019) acreditaba 208 días cotizados, pero que si se tuvieran en cuenta por un lado 314 días de inscripción como demandante de empleo y por otro los 667 días en los que fue beneficiaria de renta activa de inserción (durante los que tiene la obligación de estar inscrita como demandante de empleo) se alcanzaría un total de 1.179 días, superando así sobradamente los 719 días de carencia específica exigidos.

En base a ello concluye la parte recurrente que si, además de los días cotizados en el mencionado periodo de 15 años anteriores al hecho causante, se computasen también los días de inscripción como demandante de empleo y el periodo en que la actora fue beneficiaria de la renta activa de inserción, se cumpliría con el requisito de carencia específica establecido en el art. 205. 1 b) de la Ley General de la Seguridad Social.

Tercero.

Sentados así los términos del debate suscitado en suplicación, y dado que ni en la demanda ni en la sentencia de instancia se hace alusión a la cuestión que se argumenta en el recurso, hemos escuchado la grabación de la vista y (evitando así cualquier posible duda) constatamos que tampoco en el acto del juicio se alegó nada al respecto por la parte demandante.

Advertimos claramente que en la demanda y en la contestación a la misma, así como en la sentencia de instancia, lo que se analizaba era la incidencia que la aplicabilidad de la "doctrina del paréntesis" pudiera tener en orden a retrotraer el cómputo de los 15 años en que deben concurrir los dos años de carencia específica de cotizaciones exigida legalmente.

Sin embargo, el recurso se desvincula completamente de lo que se debatió ante el Juzgado de instancia y, sin plantear ya la existencia o ficción de paréntesis alguno, lo que se intenta es que para el cumplimiento del requisito de carencia específica establecido en el art. 205. 1 b) de la Ley General de la Seguridad Social se computen tanto los días cotizados en los 15 años anteriores al hecho causante como los días de inscripción como demandante de empleo y los de percepción de renta activa de inserción.

Es por tanto ahora en este trámite de suplicación cuando la parte demandante intenta introducir cuestiones nuevas que no fueron objeto de pronunciamiento en la instancia, pues no se invocaron ante el órgano "a quo" en el momento procesal oportuno.

Llegados a este punto, no cabe sino recordar que el Tribunal Supremo tiene establecido (con reiteración tal que excusa de cita alguna) que las cuestiones nuevas no tienen cabida en suplicación, y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia pues, en caso contrario, el Tribunal de suplicación se convertiría también en Juez de instancia, vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal.

El concepto de "cuestión nueva", de diseño jurisprudencial, se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones que, pudiendo ser discutidas solo a instancia de parte, no fueron planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Ello se fundamenta tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso (que requiere -para evitar convertirlo en una segunda instancia- que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación) como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa que obligan a proscribir toda falta de identidad entre las alegaciones de la parte y del ulterior recurso que pueda producir indefensión a la contraria. En definitiva, salvo en los casos del art 233 de la LRJS, no pueden ser examinadas en suplicación aquellas cuestiones que no fueron propuestas por las partes ante el Juzgado de instancia, pudiendo haberlo sido.

Extrapolando todo ello al caso que nos ocupa, resulta patente que lo que se argumenta en el recurso no se alegó ante el Juzgado de instancia, de manera que en el acto del juicio no se debatió (y lógicamente en sentencia nada se razonó ni se resolvió) sobre la cuestión que ahora se plantea en el recurso.

Evidencia de lo anterior es que en la propia demanda se citaba en apoyo de la aplicabilidad de la "doctrina del paréntesis" la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17/11/1992, recaída en el RCU 354/1992, siendo manifiesta la contradicción de lo que ahora en suplicación plantea la parte recurrente respecto a los criterios que en dicha sentencia se explicaban por el Alto Tribunal, criterios que se mantienen hasta la actualidad, siendo exponente de ello la más reciente sentencia de 20/02/2018, RCU 1845/2016, en la que se ilustra la cuestión del modo siguiente:

<<...como explica la STS de 15 de enero de 2010, rcud.948/2009 , es aquel requisito de carencia específica sobre el que ésta Sala "ha aplicado la denominada teoría del "paréntesis" cuando la ausencia de tal periodo mínimo de cotización específico se produce por una imposibilidad en el beneficiario de trabajar, manifestada a través de una pérdida de la ocupación cotizada, del agotamiento de prestaciones por desempleo y de una posterior inscripción persistente en la oficina de empleo".

Tras lo que la precitada sentencia hace suyos los argumentos de la STS 19 de julio de 2.001, rcud.4384/2000 , que resume esa doctrina a propósito de la carencia específica exigida en un caso de viudedad, estableciendo que en determinados supuestos en los que la legislación exige que las cotizaciones acumuladas se acrediten en un período próximo al acaecimiento de la contingencia protegida, "... el cómputo de este período se distienda mediante la exclusión de 'tiempos muertos' o 'paréntesis'".

Los criterios jurisprudenciales para la aplicación de esa "doctrina del paréntesis", cabe recordar, tal y como se dice en la STS citada, en la que se recogen otras anteriores de la Sala, que son los siguientes:

1) No cabe reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias (TS, IV, 5-10-97).

2) Los intervalos excluidos del cómputo del período o plazo reglamentario anterior al hecho causante son, en principio, aquellos en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo.

3) También cabe excluir de dicho cómputo, a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y cotización, un "interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo" que no revele "voluntad de apartarse del mundo laboral" (TS, IV, 12-3-1998 y 9-11-1999).

4) "La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su 'carrera de seguro', y también en su caso la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal" (TS, IV, 25-7-2000).>>

En definitiva, tiene establecido la Jurisprudencia que, en determinados supuestos en que exista un período de tiempo durante el que el interesado no pudo cotizar por causa ajena a su voluntad, se ha de aplicar la "doctrina del paréntesis" creando una ficción consistente en considerar dicho lapso temporal "entre paréntesis", de manera que el mismo no se tenga en cuenta a la hora de determinar el periodo dentro del cual han de tenerse las cotizaciones necesarias para cumplir la carencia específica, siendo uno de los supuestos más habituales en que se aplica dicha doctrina el de la situación de paro involuntario no subsidiado, siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo.

Y siendo esto así, es evidente que no es posible computar los días de inscripción como demandante de empleo como si de cotización efectiva se tratara (que es lo que ahora pretende la parte en su novedoso planteamiento), lo cual es totalmente contradictorio con lo argumentado ante el Juzgado de instancia pues si se equiparase la situación de paro involuntario no subsidiado a tiempo cotizado no sería necesario hacer ningún paréntesis.

Por todo lo expuesto, no cabe sino la desestimación del recurso que nos ocupa, confirmándose así la sentencia recurrida.

Cuarto.

En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235 LRJS, la desestimación del recurso no lleva en este caso aparejada la condena en costas a la parte recurrente al disfrutar la misma del beneficio de justicia gratuita

Quinto.

A tenor del Art. 218 LRJS frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

Vistos los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D^a María Purificación contra la sentencia dictada en fecha 03/12/2019 por el Juzgado de lo Social nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos nº 656/2019 de dicho Juzgado, confirmándose la misma.

Que emite la MAGISTRADA D^a GLÒRIA POYATOS MATAS.

Haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en los presentes autos, por discrepar, con la mayor consideración y profundo respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, considerando que debió plantearse CUESTIÓN PREJUDICIAL de interpretación ante el TJUE.

Primero.

La mayoría de la Sala se ha pronunciado a favor de desestimar el recurso de suplicación planteado al apreciar la concurrencia de "cuestión nueva" y entender que no procede, en este caso, la aplicación de la "doctrina del paréntesis".

Con todos los respetos, creo que la Sala debió plantear una cuestión prejudicial proyectada sobre la regulación legal interna en materia de contabilización de "periodos paréntesis" en el cálculo del periodo de carencia específica para el acceso a la pensión de jubilación contributiva (205 1b) LGSS).

En primer lugar, porque no se incluye entre los supuestos legales que permiten aplicar el paréntesis, el tiempo dedicado a los cuidados de familiares dependientes, lo que tiene un impacto de género desproporcionado y puede ser discriminatorio indirectamente por razón de sexo, al impedir o dificultar a quien cuida, mayoritariamente mujeres, acceder a la pensión de jubilación. Además, esta exclusión legal de los cuidados, incrementa las brechas de género de pensiones, que en el caso de la pensión de jubilación contributiva se traduce en que solo el 38'44% de las mismas son percibidas por mujeres.

Y en segundo lugar, porque en el caso sentenciado, no se tuvo en consideración que el periodo que va del 2/7/91 y el 26/3/04, en que la actora permaneció "apartada" del mercado laboral tuvo a uno de sus tres hijos biológicos, nacidos en los años 1987, 1989 y 1994, siendo los otros dos de muy corta edad (3 y 4 años), lo que evidencia una conectividad entre el "apartamiento" y los cuidados de sus descendientes.

Dicha sospechosa discriminación pudiera colisionar con el mandato contenido en art. 4.1 de dicha 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. Por ello, como jueces y juezas de la UE debimos plantear la cuestión ante el Tribunal

Europeo. El principio de diligencia debida (arts. 9.2, 10.2 y 96.1 CE) vincula a todos los poderes del Estado y cuando se trata de derechos constitucionales (art. 14 CE y 21.1 de la CDFUE), protegidos, además, por Tratados internacionales y Regionales de Derechos Humanos (CEDAW, CEDH), debe prevalecer el principio "pro persona" frente a interpretaciones procesales rigoristas.

Que las partes no hayan cuestionado el impacto discriminatorio de la regulación de los "periodos paréntesis" en el acceso a la pensión de jubilación, no impide a este órgano judicial el planteamiento de la cuestión prejudicial si sospecha de la falta de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho de la UE , pues ello no fue impedimento en el caso de la STJUE de 14 de septiembre 2016 (C-596/14 - Asunto Diego Porras) y la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17- Asunto Diego Porras 2), entre otros.

Segundo.

A continuación aporto la redacción íntegra del auto de cuestión prejudicial ante el TJUE, que, considero, debió plantearse por la Sala :

" HECHOS:

1º. En fecha 19 de junio de 2019 fue presentada demanda ante el juzgado nº 8 de Las Palmas por D^a María Purificación, trabajadora a tiempo parcial, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social de España (en adelante INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS), en la que se reclamaba el derecho a percibir pensión de jubilación contributiva.

La demanda se presentaba frente a resolución del INSS de fecha de salida 24 de mayo de 2019 que confirmaba la resolución de fecha de salida 30 de abril de 2019, que denegaba el derecho de la Sra. María Purificación a la pensión de jubilación por el siguiente motivo:

" En la fecha del hecho causante 26/4/2019, estando de alta o en situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, reúne 198 días cotizados en los últimos 15 años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, en lugar de 719, según lo establecido en el art. 205.1 b) de la LGSS aprobada por el RDL 8/2015, de 30 de octubre."

2º Admitida a trámite la demanda por el juzgado de lo social nº 8 de Las Palmas, bajo el número de autos 656/2019, se señaló para la celebración del acto del juicio el 20 de noviembre de 2019. En fecha 3 de diciembre de 2019 fue dictada sentencia, en cuyo fallo se decide:

" Desestimando la demanda interpuesta por Dª María Purificación contra INSS y TGSS en reclamación por jubilación debo absolver a los demandados de todos los pedimentos deducidos en su contra".

La causa de la desestimación descansa en la falta de carencia específica, pues en el caso de la actora el periodo específico que se le exige es de 719 días cotizados, que deben estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al hecho causante (27/4/2019) o al momento en el que cesó la obligación de cotizar. En el caso de la demandante, se fijó como fecha a computar el periodo de 15 años, el 30/05/18 (finalización del último trabajo), por lo que entre esta fecha (30/5/18) y el 30/5/2003, solo reúne un total de 198 días cotizados (hecho probado séptimo de la sentencia), que es insuficiente para cumplir con el requisito de carencia específica.

No se cuestiona el cumplimiento del requisito de carencia genérica para acceder a la pensión de jubilación contributiva pues la actora dispone de 15 años, seis meses y catorce días cotizados (hecho probado segundo de la sentencia).

También se reconocieron en el hecho probado tercero de la sentencia, los siguientes periodos en los que la actora permaneció inscrita en el Servicio Público de Empleo como demandante de empleo:

- *Desde el 26/03/2004 hasta el 13/06/2016
- *Desde el 03/08/2016 hasta el 19/09/2016
- *Desde el 07/10/2016 hasta el 07/03/2017
- *Desde el 11/07/2017 hasta el 13/09/2017

3º. Obra en el expediente administrativo del INSS, el informe de vida laboral de la actora (folio 32 de autos), donde aparecen los siguientes periodos en los que ha permanecido de alta después del 13/9/17:

- *Del 12/09/17 al 11/10/17 (Ecotrés gestión y Administración)
- *Del 02/01/18 al 25/01/18 (Ecotrés gestión y Administración)
- *Del 08/05/18 al 09/05/18 (Ecotrés gestión y Administración)
- *Del 01/5/18 al 30/05/18 (Comunidad de Propietarios...)

4º. Obra en el expediente administrativo del INSS, el informe de vida laboral de la actora (folio 32 de autos), donde aparecen los siguientes periodos en los que ha permanecido de alta o en situación asimilada con anterioridad al 26/3/2004:

- *Del 01/06/90 al 01/07/91 (Subsidio Desempleo extinción)
- *Del 02/07/89 al 30/05/90 (Subsidio Desempleo extinción)
- *Del 01/10/88 al 14/02/89 (Prestación por desempleo: 137 días cotizados)
- *Del 11/03/87 al 30/09/88 (Prestación por desempleo: 570 días cotizados)
- *Del 02/05/82 al 06/09/84 (Desar. Turist y Ex. Hoteleras: 859 días cotizados)
- *Del 01/05//82 al 01/05/82 (Desar. Turist y Ex. Hoteleras: 1 día cotizado)
- *Del 01/08/81 al 30/04/82 (Comunidad Propietarios DIRECCION000: 273 días cotizados)
- *Del 01/03/80 al 31/07/81 (European Hotel Caterers SA: 518 días cotizados)
- *Del 28/12/78 al 29/02/80 (Comunidad Propietarios DIRECCION000: 429 días cotizados)
- *Del 01/08/77 al 21/12/78 (Comunidad Propietarios DIRECCION000 :508 días cotizados)
- *Del 1/11/74 al 31/07/77 (SERTUSA: 1004 días cotizados)
- *Del 01/12/70 al 09/02/74 (Com. B. DIRECCION001: 1167 días cotizados).

La actora también ha sido perceptora de Renta Activa de Inserción regulada por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo:

- *Desde el 30/06/07 hasta el 29/05/08 (334 días: no cotiza a efectos de jubilación)
- *Desde el 02/06/09 hasta el 01/05/10 (333 días: no cotiza a efectos de jubilación)

5º- Según obra en el libro de familia de la actora que se integra en el expediente administrativo aportado por el INSS a las actuaciones (folios 29 a 31 de autos) , la Sra. María Purificación tuvo 3 hijos:

- Jacinto, nacido el NUM001 de 1.987

- Marcial, nacido el NUM001 de 1.989
- y Nicanor, nacido el NUM002 de 1.994

6º- En fecha 9 de marzo de 2020 fue formalizado recurso de suplicación frente a citada sentencia por Dª María Purificación, en el que se cuestiona la aplicación al caso de la Doctrina del paréntesis así como la contabilización de los periodos en los que la actora fue perceptora de Renta Activa de Inserción (RAI). Se solicita la revocación de la sentencia y la estimación de la demanda planteada. En la demanda (hecho séptimo) literalmente se recoge:

" Muestro mi disconformidad con la Resolución del INSS, ya que esta parte sí tiene los periodos cotizados exigibles. Entiende que debe mantenerse la teoría del paréntesis barajada por la jurisprudencia para los espacios de tiempo durante los que la interesada no tuvo posibilidad legal de cotizar por haber permanecido en una situación que no lo permitía pero que merece protección especial ."

En el petitum de la demanda se solicita la revocación de la resolución del INSS impugnada y el reconocimiento a la actora de la pensión de jubilación.

7º El recurso no fue impugnado por la representación procesal de las Entidades Gestoras codemandadas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1º Objeto del litigio principal.

-La actora solicitó pensión de jubilación contributiva ante el INSS en fecha 26 de abril de 2019

(folio 19 de autos)

- El INSS mediante resolución de fecha de salida 30 de abril de 2019 (folio 19) le denegó la pensión de jubilación, al no cumplir uno de los requisitos legales para tener derecho a esta pensión: el requisito de la carencia específica (artículo 205.1 b) de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por el RDL 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, LGSS). Según el INSS, la Sra. María Purificación solo disponía de 198 días cotizados, dentro de los 15 años anteriores a la fecha en la que cesó la obligación de cotizar y se requerían, en su caso concreto como trabajadora a tiempo parcial, un total de 719 días. La actora reúne el periodo de carencia genérica mínimo de 15 años para acceder a la pensión de jubilación.

-Según la sentencia del juzgado de lo social fecha 3 de diciembre de 2019 , que no ha sido recurrida por las demandadas, se aplica a la actora la "Doctrina del paréntesis" (art. 205.1 LGSS) , retro trayéndose el inicio del periodo de los 15 años para contabilizar los 719 días de carencia específica al día 30/05/2018 ("fecha en la que cesó la obligación de cotizar"). En base a lo anterior, entre el 30/5/2018 y el 30/5/2003 (15 años), la actora solo tiene 198 días cotizados.

-Se cuestiona por la recurrente la aplicación al caso de la "Doctrina del paréntesis", pues no se han tenido en cuenta las circunstancias particulares de la actora.

2º. Estadística oficiales de "eSTADISS" de la página web del INSS y del Instituto Nacional de Empleo (INE). Impacto de género de las pensiones de jubilación contributivas.

Existe un impacto de género desproporcionado en el cobro de las pensiones de jubilación contributiva en España a tenor de los datos estadísticos del INSS (accesibles a través de la aplicación eSTADISS desde la página web: www.seg-social.es).

Específicamente en las estadísticas sobre "Evolución de la Afiliación media por Género" al Sistema de la Seguridad Social español, los porcentajes de afiliación por sexo, son los siguientes:

AÑOS.....	MUJERES.....	HOMBRES	2018	(diciembre)
.....46'40%.....53'60%			
2019 (diciembre).....	46'68%.....	53'32%		
2020 (septiembre).....	46'37%.....	53'63%		

En cuanto a las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social español. PEN-1.

Pensiones e importe medio y pensiones por sexo y clase:

NÚM. TOTAL.....2018.....2019 VARONES

Jubilación..... 3.678.5933.717.126 MUJERES

JUBILACIÓN..... 2.250.809 2.321.152

Ello supone que del total de pensiones contributivas de jubilación generadas en 2019, el 38'44% fueron para las mujeres y el 61'56% para los varones. Y en 2018, el porcentaje femenino fue del 37'96% frente al 62'03 % masculino.

Por lo que respecta al año 2020, la nómina mensual de pensiones de jubilación en el mes de octubre 2020, que fueron reconocidas a las mujeres fue de 2.383.715 y en el caso de los hombres de 3.714.301.

De otro lado, a tenor de las estadísticas públicas del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), entidad encargada de elaborar las estadísticas oficiales del Estado español (www.ine.es) , las mujeres españolas siguen ocupándose de forma desproporcionada en relación a sus compañeros varones, de los cuidados de hijas hijos y otros familiares dependientes, lo que incide directamente sobre sus posibilidades de trabajar, colocándolas en una posición estadísticamente más inactivas , en relación a sus compañeros varones .

Como puede observarse en la tabla anterior en relación a los cuidados de niños, el porcentaje de mujeres inactivas fue en 2019 de un 33'5% frente al 8'3% en el caso de los hombres, durante el año 2018, de un 35'8% (mujeres) y de un 9'0 % (hombres) y durante el 2017 de un 41'2% (mujeres) y del 13'9% (hombres).

Además, en el caso que nos ocupa, la actora es trabajadora a tiempo parcial, motivo por el cual el INSS le aplica el correspondiente coeficiente de parcialidad por lo que respecta a los días cotizados exigibles de carencia específica (en su caso, de 719 días, que es menos de los dos años establecidos en una prestación laboral a tiempo completo). Pues bien, tal y como se refleja en las estadísticas del INE, también existe un impacto adverso de género desproporcionado en las personas ocupadas a tiempo parcial por razón del cuidado de hijos, hijas u otras personas dependientes, tal y como se observa en el siguiente cuadro.

En el estudio realizado por el INE : "Mujeres y hombres en España 2019", disponible en :

[Por último, según se recoge en el estudio realizado por EUROSTAT en colaboración con los Institutos Nacionales de Estadísticas de los Estados miembros de la UE : "La vida de las mujeres y hombres en Europa , un retrato estadístico: Edición 2020 ", disponible en la página web del INE \(estudios especiales\) : \[https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=Page&cid=1254735110672&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout\]\(https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=Page&cid=1254735110672&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout\) , se concluye que en relación a las pautas de empleo:](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleGratis¶m2=1259925472420¶m4=Mostrar del catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado (España), se detallan datos objetivos en relación al impacto de la tasa de empleo desagregada por sexos y al impacto de género del cuidado de hijos en el trabajo femenino. Del total de personas que permanecieron inactivas en el año 2018 por cuidar a personas dependientes (niños/as y adultos), el 94'3% eran mujeres. El 33'1% de las mujeres inactivas por cuidar a personas dependientes tenían de 35 a 44 años y el 25% de 25 a 34 años. El 43'9% de las mujeres de 35 a 44 años inactivas por cuidar a personas dependientes alega como motivo de inactividad no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de niños (pág.67)</p></div><div data-bbox=)

" a más hijos, la tasa de empleo de los hombres es superior a la de las mujeres (74% en comparación con el 63% en la UE en 2019). Sin embargo, es interesante observar que la diferencia en las tasas de empleo entre mujeres y hombres aumentan con el número de hijos. En la UE en 2019, la tasa de empleo de las mujeres sin hijos era del 67% mientras que la de los hombres era del 75%. En mujeres con un hijo las tasas de empleo se incrementaron y fueron del 72% y del 87% para los hombres. En las mujeres con dos hijos la tasa se mantuvo casi igual, en el 73%, mientras que la de los hombres aumentó al 91%. Para aquellas personas con tres o más hijos, la tasa de empleo disminuyó hasta el 58% para las mujeres, en comparación con el 85% de los hombres. Esta pauta se observa en la gran mayoría de los Estados miembros."

En este mismo estudio se refleja el mayor porcentaje de mujeres desempleadas en relación a los hombres. En 2019 la tasa de paro era del 7% para las mujeres y del 6'4% para los hombres, siendo los datos de España del 16% para las mujeres y del 12'5% para los hombres.

3º Normativa y Jurisprudencia aplicable. A)- Derecho de la Unión Europea

- El artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000/ C 364/01) dispone: "No discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color,

orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

- Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1.978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad, de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en su art. 3.1º a) , 4 y 7 disponen:

" Artículo 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 (...)"

" Artículo 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.

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

" Artículo 7

1. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación:

- a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones;
- b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;
- c) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa;
- d) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de vejez , de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo ;
- e) las consecuencias que resultaren del ejercicio, antes de la adopción de la presente Directiva, de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal .

2. Los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata ".

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, refundió las Directivas 76/207/CEE; la 86/378/CEE; la 75/117/CEE y la 97/80/ CE. En su art. 2. b); art. 5 y art. 9 se dispone:

" Artículo 2 *Definiciones* 1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

(...) 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 (...)"

" Artículo 5: *Prohibición de la discriminación.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 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.

- Jurisprudencia de la Unión Europea aplicable.

- La sentencia del TJUE de fecha 22 de noviembre de 2012 (caso Elbal Moreno vs. España) en materia de discriminación indirecta en relación al cálculo de cotizaciones de trabajo a tiempo parcial para el acceso a la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social español, se determinó por el Alto Tribunal Europeo que la normativa española que exigía en aquel momento, a las personas trabajadoras a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres, un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder a la pensión de jubilación contributiva , en relación con las personas trabajadoras a tiempo completo, se oponía al art. 4 de la Directiva 79/7/CEE.

En esta sentencia se recuerda que:

" según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe discriminación indirecta en el sentido del artículo 4 de la Directiva 79/7 cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (véase, en particular, la sentencia Brachner, antes citada, apartado 56).

30 Pues bien, por un lado, según se desprende del auto de remisión y, en particular, de las explicaciones del Juzgado remitente referidas en el apartado 17 de la presente sentencia, una normativa como la controvertida en el litigio principal perjudica a los trabajadores a tiempo parcial tales como la demandante en el litigio principal, que durante mucho tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión.

31 Por otro lado, el propio Juzgado remitente estima estadísticamente probado que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, por cuanto en España al menos el 80 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

32 De ello se sigue que tal normativa es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 , a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin (...)"

-Más recientemente, la sentencia de TJUE de fecha 8 de mayo de 2019 (Caso Villar Laíz vs. España) , vino a resolver cuestión prejudicial planteada por el TSJ Castilla y León en relación a la aplicación del coeficiente de parcialidad en el cálculo de la pensión de jubilación contributiva de las personas trabajadoras a tiempo parcial. El TJUE estimó que el sistema de cálculo español vigente en ese momento se oponía al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo. En la fundamentación jurídica de esta sentencia se recuerda:

" Por lo que se refiere a la cuestión de si tal normativa representa una discriminación indirecta, hay que recordar que este concepto debe interpretarse, en el contexto de la Directiva 79/7, del mismo modo que en el contexto de la Directiva 2006/54 [véase, en este sentido, la sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16 , EU:C:2018:492 , apartado 34]. Pues bien, de acuerdo con el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/54 , constituye discriminación indirecta por razón de sexo una situación en la que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, 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.

38 La existencia de tal desventaja particular podría quedar demostrada, entre otras formas, probando que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de las personas del otro sexo (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, C-527/13 , EU:C:2015:215 , apartado 28 y jurisprudencia citada). Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si así sucede en el litigio principal.

39 En el supuesto de que, como sucede en el presente caso, el juez nacional disponga de datos estadísticos, el Tribunal de Justicia ha declarado que el mejor método de comparación consiste en confrontar, por un lado, las proporciones respectivas de trabajadores que quedan y que no quedan afectados por la norma en cuestión dentro de la mano de obra masculina y, por otro lado, las mismas proporciones dentro de la mano de obra femenina. No basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97, EU:C:1999:60, apartado 59).

40 A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar en qué medida los datos estadísticos presentados ante él, que representan la situación de la mano de obra, son válidos y si se pueden tomar en consideración, es decir, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97 , EU:C:1999:60 , apartado 62 y jurisprudencia citada).

41 En el presente asunto, resulta del auto de remisión que las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal producen en la mayoría de los casos efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo. Solo en un número reducido de casos estas disposiciones no surten tales efectos, gracias al efecto atenuante de la medida consistente en incrementar el número de días cotizados de los trabajadores a tiempo parcial tomados en consideración mediante la aplicación de un coeficiente de 1,5.

42 Asimismo, los datos estadísticos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial indican que, en el primer trimestre de 2017, España contaba con 15 906 700 asalariados, de los cuales 8 332 000 eran hombres y 7 574 600 mujeres. En este mismo período, el número de asalariados a tiempo parcial ascendía a 2 460 200 (15,47 % de los asalariados), de los cuales 613 700 eran hombres (7,37 % de los hombres asalariados) y 1 846 500 mujeres (24,38 % de las mujeres asalariadas). Estos datos ponen de relieve que, durante ese período, cerca del 75 % de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres. (...)

el Tribunal de Justicia también ha declarado que una medida que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en ese caso, la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad (sentencia de 23 de octubre de 2003, Schönheit y Becker, C-4/02 y C-5/02 , EU:C:2003:583 , apartado 93). (...)"

B) Derecho Nacional

- Artículo 14 de la Constitución Española (BOE nº 311 de 29/12/78):

" Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

- Artículo 9.2 de la Constitución Española :

" Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

- Artículos 3 , 6 y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres -en adelante LOIEMH- (BOE nº 71 de 23/03/07):

Artículo 3. *El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

Artículo 4 Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera 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 que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo".

Esta ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

-Los artículos 204 y 205 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establecen lo siguiente, en materia de pensión de jubilación contributiva:

" Artículo 204 *Concepto*

La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena.

Artículo 205 Beneficiarios

1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación regulada en este capítulo, las personas incluidas en el Régimen General que, además de la general exigida en el artículo 165.1, reúnan las siguientes condiciones:

a) Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a ellos las fracciones de los mismos.

b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada a la de alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, y respecto de la determinación de la base reguladora de la pensión, se aplicará lo establecido en el artículo 209.1.

2. También tendrán derecho a la pensión de jubilación, quienes se encuentren en situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal y reúnan las condiciones que se establecen en el apartado 1.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 1, la pensión de jubilación podrá causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización contemplados en el citado apartado 1.

En el supuesto previsto en el párrafo anterior, para causar pensión en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años".

-Ley 30/2003 de 13 de octubre sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno, reguló dándole fuerza vinculante, la obligación de que la actividad normativa llevada a cabo por el gobierno se acompañe del correspondiente informe sobre el impacto de género (escrutinio de género).

Artículo primero *Modificación del artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Se modifica el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que quedará redactado de la siguiente forma:*

«2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica.»

-Jurisprudencia del Tribunal Supremo

El art. 205.1 b) de la LGSS referido incluye parcialmente la denominada "Teoría del Paréntesis", cuya creación fue impulsada por vía jurisprudencial, a partir de los años noventa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2018 (Recud 3877/2016), en la que se aplica un paréntesis en el cálculo del periodo de carencia específica al tiempo comprendido entre el 29/1/92 y el 15/1/12 en el que la demandante permaneció privada de libertad, cumpliendo condena en prisión sin que constase que se le ofreciese o rechazase trabajos o actividades laborales en talleres penitenciarios. En esta sentencia se resume la jurisprudencia vigente en relación a la aplicación de la doctrina del paréntesis en materia de situaciones asimiladas al alta que tienen incidencia en el periodo a tener en cuenta a efectos del cumplimiento de carencia específica así:

" Tal y como se describe en las SSTs de 23/12/2005 (rcud. 5282/2004 (RJ 2006 , 595)), 15/01/2010 (rcud. 948/2009 (RJ 2010, 3092)) y 24/11/2010 (rcud. 777/2009 (RJ 2011, 1211)),entre otras muchas, los criterios para la aplicación de esa doctrina pueden resumirse así:

1) No cabe, en ningún caso, la reducción de los periodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias.

2) El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo. Así es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS (RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170) - 94 , y 36.17 del Real Decreto 84/1996 (RCL 1996, 673, 1442) que aprobó el "Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social". Y ello permite entender que, desde la aprobación de la Constitución (RCL 1978, 2836)

, existe una laguna legal que debe ser integrada. (s. de 29-03-99 (RJ 1999, 3769) , rec. 2638/98).

3) Los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales:

A) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo (SSTS. de 29-5-92 -rcud. 1996/91 (RJ 1992, 3619) - del Pleno, 1-7-93 (RJ 1993, 6879) - rcud. 1679/92 -, 1-10-02 (RJ 2000, 7194) -rcud. 4436/99 -, 25-10-02 (RJ 2003, 1907) -rcud. 1/02 - y 12- 7-04 (RJ 2004, 5585) -rcud. 4636/03 - entre otras) porque esta situación acredita el "animus laborandi", o lo que es igual, como señaló la sentencia de 26-5-03 (RJ 2003, 5090) (rec. 2334/02), "la voluntad de no apartarse del mundo laboral";

B) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar (ss. de 10-12-1993 (RJ 1993, 9771) (rec. 1091/92), 24-10-1994 (RJ 1994, 8106) , (rec. 3676/93) y 7-2-00 (RJ 2000, 1610) , (rec. 109/99) entre otras);

C) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez (ss. de 28-10-98 (rec. 584/98), 9-12-99 (RJ 1999, 9720) (rec. 108/99), 2-10-01 (RJ 2001, 8978) (rec. 9/2001) y 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 585) (rec. 2398/04) , en que tampoco se cotiza;

D) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral (SSTS 12-11-1996 -rcud. 232/1996 (RJ 1996, 8556) -) cuando el recluso ha mostrado durante él su disponibilidad para el trabajo, mediante la realización de servicios personales

E) La existencia comprobada de una grave enfermedad "que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta" (SSTS. de 28-1-98 -rcud. 1385/97 (RJ 1998, 1056) - y 17-9-04 -rcud. 4551/03 (RJ 2004, 6320) -).

4) Por igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un "interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo", que no es revelador de esa "voluntad de apartarse del mundo laboral" (SSTS. de 29-5-92 -rcud. 1996/91 (RJ 1992 , 3619) -, 12-3-98 -rcud. 2307/97 (RJ 1998 , 2565) -, 9-11-99 -rcud. 4916/98 (RJ 1999 , 9500) -, 25-7-00 -rcud. 4436/99 (RJ 2000, 7194) - y 18-12-01 -rcud. 559/01 -. Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación. (STS. de 19-7-01, rcud. 4384/00 (RJ 2002, 580))".

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2010 (Recud. 777/2009) se determinó la posibilidad de abrir y cerrar varios paréntesis en la aplicación de esta doctrina, en el cálculo del periodo de carencia específica, cuando se han alternado periodos de actividad con otros de paro involuntario.

4º. Razones que fundamentan el planteamiento de la cuestión prejudicial.

a) Pensión de jubilación contributiva, carencia Específica y doctrina del paréntesis.

La carencia específica es junto a la carencia genérica uno de los requisitos legales para acceder a la pensión de jubilación contributiva (art. 205.1 LGSS). La carencia específica tiene como finalidad evitar que la persona trabajadora se aparte voluntariamente del mundo laboral durante un tiempo prolongado, con anterioridad al acceso a la pensión.

La estricta aplicación del art. 205.1.b) de la LGSS por lo que respecta al periodo de carencia específica exigible para acceder a la pensión de jubilación exige que 2 años de cotización " deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho". Pero el precepto legal introduce una excepción y permite que dicho periodo pueda ser ampliado, aplicándose un paréntesis, más allá del momento inmediatamente anterior a causar el derecho, iniciándose su cómputo "a la fecha en que cesó la obligación de cotizar"

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido la aplicación de la Doctrina del paréntesis a los siguientes supuestos (STS 30/10/18 Recud. 3877/2018):

-desempleo involuntario no subsidiado, siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo;

-la antigua situación de invalidez provisional;

-la percepción de una prestación no contributiva de invalidez;

-el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario cuando hay disponibilidad para el trabajo;

-la existencia comprobada de una grave enfermedad;

-y un "interregno" de breve duración en la situación de demandante de empleo.

De este modo, la doctrina del paréntesis actúa como elemento flexibilizador para completar la carencia específica en determinadas circunstancias en los que la persona trabajadora no ha podido trabajar por causas de infortunio o ajenas a su voluntad sin que ello suponga la pérdida del "animus laborandi"

b) Impacto legislativo de género desproporcionado derivado del mayor tiempo dedicado a la crianza y cuidados de hijos e hijas por parte de las mujeres trabajadoras

No obstante lo anterior, el art. 205.1 b) LGSS no ha tenido en cuenta, en la aplicación del periodo de carencia específico y la excepción (doctrina del paréntesis), el impacto de género adverso que tal requisito tiene sobre las mujeres trabajadoras, que estadísticamente sostienen los cuidados de hijos/as y personas dependientes, en mayor proporción que sus compañeros varones. La práctica de cuidar a familiares ha sido históricamente asumida por las mujeres, no por una cuestión biológica o vinculada al sexo sino por razones culturales y sociales (género), al asignarse a las mujeres el rol de cuidadoras y a los hombres el de proveedores del hogar. Ello conlleva que es más probable que las trabajadoras deban apartarse temporalmente del mercado de trabajo por motivo de tales cuidados, lo que impacta negativamente, no solo en sus carreras de cotizaciones, sino en el caso analizado, en el cumplimiento de carencia específica, como requisito indispensable para el acceso a la pensión contributiva de jubilación.

Incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha omitido extender la doctrina del paréntesis a casos en los que la persona trabajadora deba abandonar el mercado de trabajo por causa de los "cuidados" de personas dependientes, exigiéndose siempre formalmente el "animus laborandi" como elemento central en la aplicación jurisprudencial de la doctrina del paréntesis. La ausencia de una regulación legal expresa en la que se reconozca a efectos de aplicación de la teoría del paréntesis en el cálculo de la carencia específica, aquellas situaciones vinculadas a los cuidados de hijos/as o personas dependientes, se alza como un elemento impeditivo en el acceso a la pensión de jubilación contributiva que coloca en mayor desventaja a las trabajadoras en relación a los trabajadores por las razones estadísticas, cuyos datos se han aportado y ello tiene, a su vez, repercusión en el número de pensiones de jubilación contributiva percibidas por hombres y por mujeres, a pesar de que la población activa desagregada por sexo es muy similar.

c) La duda interpretativa.

La duda que se suscita mediante el planteamiento de la presente cuestión es si la exclusión en la aplicación de la doctrina del paréntesis, a efectos del cómputo del periodo de carencia específica para acceder a la pensión de jubilación contributiva, del tiempo dedicado al cuidado de personas dependientes, se opone al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo y resto de normativa aplicable de la UE, al generar una desventaja particular con respecto a las personas del sexo femenino, al ser estadística y mayoritariamente las trabajadoras quienes dedican más tiempo a los cuidados familiares en relación con sus compañeros trabajadores y por tanto es más probable que ellas se aparten más del mercado laboral por tal motivo.

En el caso de autos, la actora reúne el periodo de carencia genérico exigido para causar derecho a la pensión de jubilación (15 años, según el art. 205.1 LGSS) pero la Entidad Gestora le denegó el acceso a la pensión de jubilación por incumplimiento del requisito de carencia específica, sin tenerse en cuenta las circunstancias personales y familiares de esta trabajadora. De este modo, la búsqueda de los 2 años de cotizaciones exigibles se ha acotado al periodo comprendido entre el 30/5/2003 y el 30/5/2018, sin tenerse en cuenta que la actora permaneció "apartada" del mercado laboral entre el 2 de julio de 1991 y el 26 de marzo de 2004 (se inscribe como demandante de empleo), y sin tenerse en cuenta que la trabajadora tuvo a uno de sus tres hijos biológicos (nacidos en 1987, 1989 y 1994), siendo los otros dos de muy corta edad, de tal forma que cuando volvió a inscribirse como demandante de empleo, su hijo más pequeño tenía 10 años de edad. Ello evidencia una conectividad entre ese sancionado "apartamiento" del mercado y la crianza de sus tres hijos.

Excluir de las causas de flexibilización del requisito de carencia específica, este tiempo dedicado a la crianza de hijos/as o cuidados de personas dependientes, incide negativamente, de forma mayoritaria, en las personas trabajadoras de sexo femenino y supone una desventaja para las mujeres en el acceso a las pensiones (jubilación), calificable de discriminación indirecta, de acuerdo con la legislación y jurisprudencia del TJUE.

5º. Planteamiento de la cuestión prejudicial.

En base a lo expuesto, se generan dudas interpretativas en relación al art. 205.1 b) de la LGSS, y más específicamente en relación a la exclusión del periodo paréntesis en el cómputo del periodo de carencia específica del tiempo dedicado al cuidado de hijos/as u otras personas dependientes, cuando por tal motivo se ha producido un apartamiento del mercado de trabajo.

6º Criterio de este Tribunal.

Por todo ello, este Tribunal entiende que la actual configuración del art. 205.1 b) de la LGSS en relación a la exigencia del requisito de carencia específica, sin tenerse en cuenta el impacto de género del trabajo de los

cuidados y su influencia en la carrera profesional de las personas trabajadoras, mayoritariamente mujeres , genera una desventaja para las persona del sexo femenino dificultándoles el acceso a la pensión de jubilación contributiva , lo que se traduce en una discriminación indirecta en los términos descritos en el art. 4.1 de la Directiva 79/7 en relación con el art. 2.1 de la Directiva 2006/54.

En base a los hechos, las consideraciones expuestas;

ACORDAMOS:

1º. Plantear en trámite de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con arreglo a lo previsto en el art. 267 TFUE , la siguiente pregunta:

-¿La prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el art. 4.1 de dicha Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 , relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe ser interpretada en el sentido que se opone a una norma nacional como el artículo 205.1 b) del Real Decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social , que no tiene en cuenta en el cumplimiento del requisito de carencia específica en el acceso a la pensión de jubilación contributiva, el tiempo durante el cual las personas trabajadoras se apartan del mercado laboral para cuidar hijos/as u otros familiares dependientes, como periodo paréntesis. "

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/064120 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.