



Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género

Glòria Poyatos i Matas

*Magistrada especialista de la Sala de lo Social
del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas)*

Extracto

Se analiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 186/2021, de 17 de febrero, y su voto particular disidente en el que se incluye cuestión prejudicial fundamentada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sala desestimó la demanda planteada por trabajadora en materia de jubilación, por incumplimiento del requisito de carencia específica, a pesar de contar con más de 15 años de cotización. No se tuvo en cuenta la conectividad entre el imputado «apartamiento» del mercado laboral y la crianza de sus tres hijos pequeños. La actual redacción del artículo 205.1 b) de la Ley general de la Seguridad Social es sospechosa de discriminar (indirectamente) a las mujeres, al no tener en cuenta el tiempo dedicado a cuidados, en la contabilización del periodo de carencia específica, exigible para acceder a la pensión de jubilación contributiva. Ello, a su vez, pudiera ser contrario al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, por lo que la sala debió plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Palabras clave: jubilación; doctrina del paréntesis; cuidados; perspectiva de género.

Fecha de entrada: 03-04-2021 / Fecha de aceptación: 05-04-2021

Cómo citar: Poyatos i Matas, Glòria. (2021). Cuidados, pensión de jubilación y perspectiva de género. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 111-126.



Care, retirement pension and gender perspective

Glòria Poyatos i Matas

Abstract

The ruling of the Superior Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 186/2021, of February 17, and its dissenting vote, which includes a question for a preliminary ruling before the Court of Justice of the European Union, is analyzed. The court dismissed the lawsuit filed by a female worker regarding retirement, due to non-compliance with the requirement of specific deficiency despite having more than 15 years of contributions. The connectivity between the imputed «withdrawal» from the labor market and the upbringing of her three young children was not taken into account. The current wording of article 205.1 b) of the General Social Security Law is suspected of (indirectly) discriminating against women, as it does not take into account the time spent caring for them when calculating the specific qualifying period required to qualify for a contributory retirement pension. This, in turn, could be contrary to article 4.1 of Council Directive 79/7/EEC, which is why the chamber had to refer the matter to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling.

Keywords: retirement; parenthesis doctrine; care; gender perspective.

Citation: Poyatos i Matas, Glòria. (2021). Care, retirement pension and gender perspective. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 111-126.



Sumario

1. Introducción
2. La obligación internacional de diligencia debida o debida diligencia en la impartición de justicia de derechos humanos
3. Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE
4. Análisis del caso concreto. Marco normativo y jurisprudencia en materia de carencia específica y doctrina del paréntesis
5. Relato fáctico: hechos relevantes
6. Claves del razonamiento jurídico: impacto adverso desproporcionado de género en el cumplimiento legal de la carencia específica por razón de los cuidados. Planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE
7. Conclusiones

Se identifica el derecho con los lados jerárquicamente superiores y «masculinos» de los dualismos. Aunque la «justicia» sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino.

Frances Olsen (*El sexo del derecho*)

1. Introducción

En el presente artículo se analiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias/Las Palmas 186/2021, de 17 de febrero, y el voto particular que, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 260.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), formulé, por discrepar, desde la mayor consideración y respeto, con el criterio mayoritario, considerando que debió plantearse una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Resumidamente, porque la actual redacción del artículo 205.1 b) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) es sospechosa de discriminar (indirectamente) a las mujeres, al no tener en cuenta el tiempo dedicado a cuidados familiares y crianza de hijos/as, en la contabilización del periodo de carencia específica, exigible para acceder a la pensión de jubilación contributiva.

La mayoría de la sala se pronunció a favor de desestimar el recurso de suplicación al apreciar «cuestión nueva» y entender que no procede, en este caso, la aplicación de la «doctrina del paréntesis».

Tanto la entidad gestora (Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–) como el juzgado desestimaron la solicitud de pensión de jubilación de la trabajadora, a pesar de reunir el periodo de carencia genérica, por no cumplirse el requisito de carencia específica, esto es, que 2 años de cotización debían «estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho» (art. 205.1 b) LGSS). No obstante, no se tuvieron en cuenta las circunstancias familiares de la trabajadora (tres hijos biológicos) en la aplicación de la doctrina del paréntesis, limitada exclusivamente a los periodos de desempleo acreditados. La demandante, trabajadora a tiempo parcial, carecía de cotizaciones durante un periodo largo de tiempo, comprendido entre el 2 de julio de 1991 y el 26

de marzo de 2004. Durante dicho periodo, tuvo a uno de sus tres hijos biológicos, nacido en 1994, siendo los otros dos de muy corta edad (3 y 4 años en 1991), lo que evidencia una conectividad entre el «apartamento» y los cuidados de sus descendientes.

2. La obligación internacional de diligencia debida o debida diligencia en la impartición de justicia de derechos humanos

La obligación de diligencia debida, cuando hablamos de derechos humanos, se ha forjado internacionalmente a través de los estándares contenidos en tratados internacionales¹ y las distintas observaciones generales emitidas por los comités especializados², que han concretizado que las normas relativas a los derechos básicos de la persona son obligaciones *erga omnes*. Es una obligación vinculante para los Estados parte, en cada caso, promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Dicha obligación es extensiva a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local.

En la misma línea, aunque proyectada exclusivamente respecto al derecho antidiscriminatorio por razón de género, se pronuncia la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (CEDAW)³ en su artículo 2 c), d) y e)⁴. Y en

¹ Pactos Internacionales de [Derechos Civiles y Políticos](#) y [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#), hechos en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, ratificados por España en sendos Instrumentos de ratificación publicados en el [BOE de 30 de abril de 1977](#).

² Entre otras, la [Observación general número 16 \(2005\) sobre igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales](#).

³ [Convenio ratificado por España \(BOE de 21 de marzo de 1984\)](#).

⁴ «Artículo 2.

Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

[...]

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

[...].».

el contexto laboral, en el artículo 11.1 e) de la [CEDAW](#)⁵. Tal obligación se ha desarrollado por el Comité CEDAW en sus distintas recomendaciones, destacando la [Recomendación número 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia](#), que es vinculante para España, al haber [ratificado el Protocolo facultativo de la CEDAW](#)⁶. El incumplimiento de tal diligencia por alguno de los poderes públicos puede comprometer la responsabilidad del Estado, cosa que ya le ha sucedido a España, en el caso [Ángela González](#)⁷, que acabó con una condena a la Administración del Estado, por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, en concreto en la cantidad de 600.000 euros, en concepto de daño moral producido a la señora González⁸.

¿En qué consiste la diligencia debida? Podríamos resumirla en tres concretas obligaciones estatales. La primera es la obligación de respetar las obligaciones internacionales incluidas en el correspondiente tratado. Ello se traduce, en el caso de la [CEDAW](#), en abstenerse de discriminar o estereotipar por razón de género en sus propias actuaciones o resoluciones.

En segundo lugar, debe proteger a las mujeres frente a las violaciones de sus derechos humanos que puedan producirse por otros actores en cualquier entorno (social, doméstico, laboral...).

Y, por último, la obligación de cumplir, que exige de todos los poderes adoptar una posición activa y no pasiva o neutra, para remover los obstáculos que impiden que la igualdad y no discriminación de género sea una realidad vivida. Esta obligación trasladada al poder judicial se traduce en impartir justicia estando alerta en la aplicación e interpretación del derecho, integrando la perspectiva de género cuando concurren patrones estereotípicos de género o asimetrías normativas con impacto de género adverso.

Las obligaciones internacionales forman parte del derecho y son vinculantes para quienes juzgan a tenor del [artículo 117 de la Constitución española](#) (CE). Además, los acuerdos

⁵ «Artículo 11.

1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

[...]

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

[...]».

⁶ De 6 de octubre de 1999 (BOE de 9 de agosto de 2001).

⁷ [Dictamen del Comité CEDAW número 47/2012, de 16 de julio de 2014](#), en el que se condena a España por el incumplimiento de diversos preceptos de la [CEDAW](#), poniéndose de relieve que las resoluciones judiciales dictadas no cumplieron con la obligación de diligencia debida.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) (Sala 3.ª) 1263/2018, de 17 de julio.

y tratados internacionales son guía interpretativa en materia de derechos fundamentales, por mandato de los artículos 10.2 y 96 de la CE en relación con la obligación que tienen los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, a tenor del artículo 9.2 de la CE. A este respecto debe destacarse la [Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018 \(Pleno\), de 20 de diciembre](#), en la que se señala que corresponde a los jueces y juezas, en cada caso concreto, realizar el correspondiente control de convencionalidad internacional en el sistema español mediante la selección de derecho aplicable al supuesto controvertido, y ello debe proyectarse en la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales de aplicación, así como en el análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional.

3. Sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE

Los jueces y juezas de España y también de la Unión Europea (UE) están vinculados igualmente por la amplia normativa de la UE tal como expresamente ordena el [artículo 4 bis de la LOPJ](#).

Las [Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales \(2016/C 439/01\)](#) recuerdan que la remisión prejudicial, contemplada en el artículo 19, apartado 3, letra b), del [Tratado de la Unión Europea](#) y en el artículo 267 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), es un mecanismo fundamental del derecho de la UE que tiene por objeto garantizar la interpretación y la aplicación uniformes de este derecho en el seno de la Unión, ofreciendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un instrumento que les permita someter, con carácter prejudicial, al TJUE cuestiones relativas a la interpretación del derecho de la UE.

Una petición de decisión prejudicial puede revelarse especialmente útil cuando se suscite ante el órgano jurisdiccional nacional una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del derecho de la Unión, o bien cuando la jurisprudencia existente no parezca ofrecer la claridad imprescindible en un contexto jurídico o fáctico inédito.

De este modo, para asegurar la aplicación efectiva de la legislación comunitaria y evitar que las diferencias entre las reglas de interpretación que aplican los diferentes tribunales nacionales puedan conducir a una interpretación divergente del derecho comunitario, se ha establecido el citado procedimiento, que ha institucionalizado una fructífera cooperación entre el TJUE y los órganos jurisdiccionales nacionales. Así, en los asuntos en que se pone en tela de juicio el derecho comunitario, jueces y juezas nacionales en caso de duda sobre la interpretación o la validez de este derecho pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para formularle cuestiones usando este genuino procedimiento de la UE.

4. Análisis del caso concreto. Marco normativo y jurisprudencia en materia de carencia específica y doctrina del paréntesis

La [sentencia comentada](#) resuelve el recurso de suplicación planteado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de Las Palmas desestimatoria de demanda en materia de pensión de jubilación contributiva. La controversia radica, exclusivamente, en el cumplimiento del requisito de carencia específica y la aplicación de la doctrina del paréntesis. La demandante, trabajadora a tiempo parcial, reunía el periodo de carencia genérica de 15 años de cotización.

La regulación de la jubilación en su modalidad contributiva se contiene en los [artículos 204 a 215 de la LGSS](#). Específicamente, el [artículo 205.1 b\)](#) regula el requisito de carencia específica para acceder a la pensión de jubilación contributiva, en los siguientes términos:

b) Tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 15 años, de los cuales al menos 2 deberán estar comprendidos dentro de los 15 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 periodo de 2 años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los 15 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.

El actual redactado del [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) normativiza la denominada «doctrina del paréntesis», creada jurisprudencialmente, a partir de los años noventa. Destacamos, además, las siguientes sentencias del TS que han ampliado el campo de aplicación del paréntesis en el requisito de carencia específica y permiten la posibilidad de abrir y cerrar distintos paréntesis:

- [STS 940/2018, de 30 de octubre](#), en la que se aplica un paréntesis en el cálculo del periodo de carencia específica al tiempo comprendido entre el 29 de enero de 1992 y el 15 de enero de 2012 en el que la demandante permaneció privada de libertad, cumpliendo condena en prisión sin que constase que se le ofreciesen o rechazase trabajos o actividades laborales en talleres penitenciarios⁹.

⁹ En esta sentencia se resume la jurisprudencia vigente en relación con la aplicación de la doctrina del paréntesis en materia de situaciones asimiladas al alta que tienen incidencia en el periodo a tener en

- **STS de 24 de noviembre de 2010 (rec. 777/2009)**, en la que 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.

En el caso analizado, se aplicó a la actora el paréntesis, pero exclusivamente a los periodos de desempleo inmediatamente anteriores al hecho causante, sin tenerse en cuenta sus circunstancias familiares y, más concretamente, que durante el periodo comprendido entre el 2 de julio de 1991 y el 26 de marzo de 2004, en el que permaneció «apartada» del mercado laboral, dio a luz a uno de sus tres hijos biológicos (nacidos en 1987, 1989 y 1994), siendo de muy corta edad los otros dos hijos. Ello evidencia una conectividad entre ese imputado «apartamiento» del trabajo y los cuidados de sus descendientes.

La concurrencia de la práctica de cuidar familiares en este caso, como elemento impeditivo del cumplimiento del requisito legal de carencia específica, tiene un evidente impacto desproporcionado de género, por razones culturales y sociales.

Según el 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 con 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 de más inactivas respecto a sus compañeros varones. En relación con «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 % (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. Pues bien, como se refleja en las estadísticas del INE, también existe un impacto adverso de género desproporcionado en las

cuenta a efectos del cumplimiento de carencia específica y se establece que los tiempos excluidos del periodo computable son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado/a no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. Pero solo se han reconocido como tales: a) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo; b) la antigua situación de invalidez provisional; c) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez; d) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral; 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» y los periodos «interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo», que no es revelador de esa «voluntad» de apartarse del mundo laboral.

personas ocupadas a tiempo parcial por razón del cuidado de hijos, hijas u otras personas dependientes. En el estudio realizado por el INE: *Mujeres y hombres en España 2019*, del catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado (España), se detallan datos objetivos en relación con el impacto de la tasa de empleo desagregada por sexos y con el impacto de género del cuidado de hijos/as en el trabajo femenino. Del total de personas que permanecieron inactivas en el año 2018 por cuidar a personas dependientes (niños/as y personas adultas), el 94,3 % eran mujeres. El 33,1 % de las mujeres inactivas por cuidar a personas dependientes tenía 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/as (p. 67).

Según destaca 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*, con relación a las pautas de empleo:

[...] 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 aumenta 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 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 con 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.

De otro lado, también se evidencia un impacto de género desproporcionado en el cobro de las pensiones de jubilación contributivas en España a tenor de los datos estadísticos del INSS¹⁰. 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: 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 que fueron reconocidas a las mujeres fue de 2.383.715 y en el caso de los hombres de 3.714.301.

¹⁰ Accesibles a través de la aplicación eSTADISS desde la página web: www.seg-social.es.

Los impactos adversos de género expuestos debieron llevar a la sala canaria a extremar las precauciones en el enjuiciamiento del caso, teniendo en cuenta la normativa nacional (arts. 4 y 15 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) y la normativa de la UE concurrente ([Directiva 79/7/CEE](#) relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social; art. 21.1 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE– y [Directiva 2006/54/CE](#) relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación). A nivel internacional, también, las normativas en materia de derecho antidiscriminatorio por razón de género ([CEDAW](#), [Recomendación general núm. 33 del Comité CEDAW](#); Convenios núms. 111 y 156 Organización Internacional del Trabajo) y la [Convención internacional de los derechos del niño](#) de 1989, porque, en este caso, los cuidados se proyectaban sobre los hijos menores de edad.

En relación con la aplicación de la [Directiva 79/7/CEE](#) y la discriminación indirecta por razón de sexo, debe destacarse la Sentencia del TJUE ([STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11 \(Elbal Moreno vs. España\)](#), en materia de discriminación indirecta con 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, donde 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 artículo 4 de la [Directiva 79/7/CEE](#).

Y, más recientemente, la [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18 \(Villar Laíz vs. España\)](#), vino a resolver cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla y León en relación con 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 artículo 4.1 de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo](#).

5. Relato fáctico: hechos relevantes

La sentencia recurrida desestima la demanda planteada en materia de pensión de jubilación contributiva, por no reunir el requisito de carencia específica exigido en el [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#), reproduciendo la misma motivación que el INSS. Estos son los hechos relevantes del caso:

- La demandante solicitó pensión de jubilación contributiva ante el INSS en fecha 30 de abril de 2019.

- Era trabajadora a tiempo parcial y, a la fecha de su solicitud, reunía un periodo de cotización de 15 años, 6 meses y 14 días, por lo que cumplía con el requisito de carencia genérica.
- También se reconocieron los periodos en los que la actora permaneció inscrita en el Servicio Público de Empleo como demandante de empleo de forma discontinua entre el 26 de marzo de 2004 y el 13 de septiembre de 2017.
- Desde el 9 de junio de 2016, la actora trabajó en varios empleos, por lo que se reconoce el cese en su obligación de cotizar (paréntesis) en fecha 30 de mayo de 2018 (último trabajo).
- Entre el 30 de mayo de 2018 y el 30 de mayo de 2003 (15 años), la actora reunía 198 días cotizados y, en su caso, se requerían 719 días.
- La base reguladora de la pensión solicitada era de 352,18 euros mensuales y el porcentaje del 52,94 %.
- En el informe de vida laboral de la actora que obra en el expediente administrativo del INSS aparecían los diferentes periodos en los que permaneció de alta o en situación asimilada, pero el último día cotizado más cercano al 26 de marzo de 2004 se remontaba al 1 de julio de 1991.
- También fue perceptora de renta activa de inserción entre el 30 de junio de 2007 y el 1 de mayo de 2010.
- Y, según obra en su libro de familia, que también se integra en el expediente administrativo del INSS, tuvo tres hijos nacidos el día 24 de febrero de 1987, 24 de febrero de 1989 y 2 de enero de 1994.

6. Claves del razonamiento jurídico: impacto adverso desproporcionado de género en el cumplimiento legal de la carencia específica por razón de los cuidados. Planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE

La sentencia recurrida aplica mecánicamente la «doctrina del paréntesis» ([art. 205.1 LGSS](#)), retro trayendo el inicio del periodo de los 15 años para contabilizar los 719 días de carencia específica al día 30 de mayo de 2018 («fecha en la que cesó la obligación de cotizar»). Con base en lo anterior, entre el 30 de mayo de 2018 y el 30 de mayo de 2003 (15 años), la demandante solo tenía 198 días cotizados.

El caso tiene un impacto de género desproporcionado que se evidencia en los propios datos estadísticos desagregados por sexo del INSS en el cobro de las pensiones contributivas de jubilación y las estadísticas desagregadas por sexo en materia de cuidados familiares.

La estricta aplicación del [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) por lo que respecta al periodo de carencia específica requiere que 2 años de cotización, al menos, estén 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 TS ha extendido la aplicación de la doctrina del paréntesis a los siguientes supuestos¹¹:

- 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.

Así, la doctrina del paréntesis actúa como elemento flexibilizador para completar la carencia específica en determinadas circunstancias en las 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*. Pero la actual configuración legal de esta pensión contributiva tiene un impacto adverso de género, derivado del mayor tiempo dedicado a la crianza y cuidados de hijos e hijas por parte de las mujeres trabajadoras. Ello es así porque el [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) no ha tenido en cuenta, en el cálculo del periodo de carencia específica y la aplicación de los paréntesis, el impacto que tiene sobre las mujeres trabajadoras el cuidado de familiares dependientes, que estadísticamente recae mayoritariamente sobre ellas. La práctica de cuidar 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. Por ello, es más probable que las trabajadoras deban apartarse temporalmente del mercado de trabajo para cuidar a descendientes u otras personas familiares, impactando negativamente no solo en sus carreras de cotizaciones, sino, incluso, en el cumplimiento de carencia específica, como requisito indispensable para el acceso a las pensiones. Obviamente, ello tiene una incuestionable repercusión, tanto en la brecha salarial, como en las brechas de pensiones existentes entre las trabajadoras y los trabajadores de España.

¹¹ [STS 940/2018, de 30 de octubre.](#)

La jurisprudencia del TS ha omitido extender la doctrina del paréntesis a casos en los que la persona trabajadora deba abandonar el mercado laboral por causa de los «cuidados», exigiéndose siempre formalmente el *animus laborandi* como elemento central en la aplicación jurisprudencial de la doctrina del paréntesis, que se traduce, genéricamente, en la inscripción como demandante de empleo. No obstante, no siempre puede compatibilizarse el cuidado de los hijos/as u otras personas familiares con el trabajo efectivo, lo que motiva la salida del mercado laboral, temporalmente, de muchas madres trabajadoras a lo largo de sus carreras profesionales. Ello incide negativamente no solo en la base reguladora de sus futuras pensiones, sino también, en el peor de los casos, en el acceso a la pensión.

La ausencia de una regulación legal expresa en la que se reconozcan, 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 con los trabajadores por las razones estadísticas, 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.

Ante las deficiencias legislativas detectadas en la norma española, sospechosa de discriminar indirectamente a las trabajadoras respecto a sus compañeros varones, se suscita una duda interpretativa en relación con la legislación de la UE, consistente en 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 artículo 4.1 de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo](#), al generar una desventaja particular con respecto a las personas del sexo femenino, al ser 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.

En el caso de la recurrente se cumple con el requisito de carencia genérica (15 años de cotización), pero se deniega la pensión sin tenerse en cuenta las circunstancias familiares concurrentes y la incidencia que el tiempo dedicado a la crianza de sus tres hijos pudo tener en relación con el cumplimiento del mecánico requisito de carencia específica.

Con base en lo expuesto, mi voto particular se separó del criterio mayoritario de la sala canaria y contiene, a lo largo de su redactado, las bases jurídicas de la cuestión prejudicial que debió plantearse, debiendo haberse formulado la siguiente pregunta al TJUE:

¿La prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, 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 otras personas familiares dependientes como periodo paréntesis?

7. Conclusiones

El derecho tiene género y no es el femenino.

Ello no es nada excepcional, sino producto de la ductilidad de una disciplina más, que no se ha librado de las históricas influencias sociales y culturales sostenidas sobre dualismos opuestos, sexualizados y jerarquizados: valores femeninos frente a valores masculinos. Los primeros, devaluados, y los segundos, revalorizados.

Nuestro ordenamiento jurídico se ha esculpido por hombres adultos, blancos y heterosexuales que se han tomado a sí mismos como patrón de los denominados «valores sociales» que sostienen el derecho. Ello no es monopolio español, sucede en todos los países del mundo y tiene una directa relación con las brechas de género que nos muestran las estadísticas.

Por ello, los principios y «valores sociales» que apuntalan nuestras leyes ni son tan neutros ni tan sociales, porque no representan por igual la mirada completa de la sociedad. La exclusión de los valores asociados a la feminidad, y en general de las experiencias, preocupaciones y aspiraciones de las mujeres o de la infancia, es un acto de coherencia con un concepto de «productividad», impuesto por los poderes económicos dominantes, que desprecian la maternidad, la crianza y los cuidados, negándoles valor contributivo, social o curricular, a pesar de ser un trabajo imprescindible para la economía, la sociedad y para la vida.

Por estas razones, en muchas ocasiones, una aplicación mecánica del derecho va a servir para perpetuar las desigualdades sociales.

La actual configuración legal de la carencia específica y la doctrina del paréntesis se ha diseñado de espaldas a la crianza de hijos/as y a las demandas de cuidados de familiares. Se ha esculpido atendiendo a un concepto mercantilista del «buen» aprovechamiento del tiempo, que penaliza contributivamente a quien se atreve a cuidar. Ello también tiene un impacto indirecto sobre nuestros niños, niñas y adolescentes, como causantes, en muchos casos, de las demandas de cuidados que son incompatibles con el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a las pensiones.

Por ello, el [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) es sospechoso de discriminar indirectamente a las trabajadoras colisionando con el mandato del artículo 4.1 de la [Directiva 79/7/CEE](#), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

El hecho de que las partes, en el caso analizado, no hubieran cuestionado el impacto discriminatorio de la regulación de los «periodos paréntesis» en el acceso a la pensión de jubilación no es impedimento para el planteamiento de la cuestión prejudicial si el tribunal sospecha de la falta de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho de la UE. Debe recordarse que ello no fue impedimento en el caso de las SSTJUE de [14 de septiembre de 2016 \(asunto C-596/14 –De Diego Porras–\)](#) y de [21 de noviembre de 2018 \(asunto C-619/17 –De Diego Porras II–\)](#), que resuelven dos cuestiones prejudiciales sobre el mismo caso, planteadas, primero, por el TSJ de Madrid y, más tarde, por el TS, a pesar de que lo preguntado nada tenía que ver con el debate judicial en la instancia ni con el *petitum* de la demanda origen de las actuaciones.

Dicha sospechosa discriminación pudiera colisionar con la normativa de la UE y, por ello, como jueces y juezas de Europa, se debió plantear la cuestión. 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 CDFUE](#)), protegidos, además, por tratados internacionales y regionales de derechos humanos ([CEDAW](#), [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#)), debe prevalecer el principio pro persona frente a interpretaciones procesales rigoristas.

La perspectiva de género nos ayuda a descubrir la invisibilización de las asimetrías de género que siguen existiendo en nuestro derecho, que, travestido de igualdad jurídica, tiene su propio género, y, desde luego, no es el femenino. Los jueces y juezas podemos y debemos ser dinamizadores de cambios sociales para avanzar en la igualdad (real) a través de nuestras actuaciones y resoluciones judiciales.