

Juzgado de lo Social N.º 1 de Granada, Sentencia 434/2022 de 13 Oct. 2022, Rec. 952/2021**Ponente: Rodríguez Alcázar, Jesús Ignacio.****N.º de Sentencia: 434/2022****N.º de Recurso: 952/2021****Jurisdicción: SOCIAL****Diario La Ley**, N.º 10172, Sección Jurisprudencia, 17 de Noviembre de 2022, **LA LEY**ECLI: *ES:JSO:2022:1828*

Jubilación: no cabe discriminar a las autónomas que no estaban inscritas en el INEM durante el periodo en que crían a sus hijos

JUBILACIÓN AUTÓNOMOS. Descubiertos de cotización de una autónoma. El RETA no permite la integración de lagunas y la Circular 4/2003 de 8 de septiembre sí, siempre que después del cese en el trabajo en el Régimen General se inscribiese como demandante de empleo, lo que no acontece en este asunto. Pero ha de interpretarse con perspectiva de género. La separación del mercado laboral de la trabajadora coincide con el periodo en que fue madre y atendió a sus hijos, lo que tiene relación con la condición de mujer. Discriminación indirecta. La estadística muestra que son las mujeres las que no buscan trabajo por la atención de menores o dependientes en una proporción de 90% las mujeres frente a los varones.

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada estima la demanda interpuesta y aumenta la base reguladora de la pensión de jubilación.

Juzgado de lo Social n.º 1

Granada

Prestaciones n.º 952/21

SENTENCIA N.º : 434/22

En la Ciudad de Granada, a 13 de octubre de 2022, Jesús I. Rodríguez Alcázar Magistrado del Juzgado de lo Social n.º 1 de esta ciudad, ha visto los presentes autos con el n.º 952/21 sobre Prestaciones, promovido a instancia de D^a Esmeralda contra el INSS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13-10-2021 fue presentada demanda interpuesta por D^a Esmeralda, en la que tras alegar los hechos que estimó pertinentes e invocar los fundamentos de Derecho que consideraba de aplicación, terminó solicitando se dictase Sentencia estimando íntegramente la demanda y reconociendo un incremento en la base reguladora de la pensión de jubilación.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se citó a las partes para el acto de juicio que se celebró el 5-09-2022, compareciendo la parte actora y la demandada. La demandante se ratificó en la demanda, tras lo que se concedió la

palabra a la parte demandada que contestó oponiéndose.

TERCERO.- Las partes propusieron la práctica de prueba practicándose la admitida con el resultado que consta en autos, realizando a continuación sus conclusiones tras lo que se dio por terminada la vista, quedando el pleito concluso para Sentencia. Como diligencia final se pidió al INSS la base reguladora caso de estimarse la demanda.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las formalidades legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D^a Esmeralda solicitó pensión de jubilación que fue aprobada por resolución del INSS de 1-07-2021, con una base reguladora de 840?99 euros y un porcentaje del 81?76% por 28 años y 14 días cotizados.

SEGUNDO.- Presentada reclamación previa la misma fue desestimada rechazando la integración de las lagunas de cotización existentes entre mayo de 1997 y febrero de 2004.

TERCERO.- D^a Esmeralda trabajó para la empresa Centros Familiares de Enseñanza afiliada en el Régimen General de la Seguridad Social hasta el 24-06-1988. No estuvo inscrita como demandante de empleo y fue alta en el RETA el 1-03-2004, siendo este el régimen por el que se reconoce la pensión de jubilación.

CUARTO.- La demandante es madre de tres hijos nacidos en NUM000 de 1981, NUM001 de 1983 y NUM002 de 1985.

QUINTO.- De proceder la integración de lagunas en el periodo solicitado la base reguladora ascendería a 980?24 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se formula demanda indicando que la base reguladora de la pensión de jubilación ha de ser superior, computando como bases mínimas un periodo entre 1997 y 2004 en la que la demandante no trabajó y se reconoce que no estuvo inscrita como demandante de empleo, si bien fue posterior a un periodo de trabajo en el Régimen General. Por parte de la entidad gestora se alega que conforme a lo previsto en los arts. 209 (LA LEY 16531/2015) y 318 TRLGSS (LA LEY 16531/2015) dicha integración de lagunas no es posible ya que la pensión se ha generado en el RETA, no siendo tampoco aplicable la Circular 4/2003 ya que debido a la falta de inscripción como demandante de empleo hasta que se produce de nuevo la afiliación en el RETA no existe una situación de alta o asimilada al alta.

SEGUNDO.- El art. 209.1.b) TRLGSS (LA LEY 16531/2015) establece: *"b) Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima"*. Por su parte el art. 318.d) en relación al RETA establece que será de aplicación *"En materia de jubilación, lo dispuesto en los artículos 205; 206 y 206 bis; 208; 209, excepto la letra b) del apartado 1"*.

Por tanto queda claro que la regla del artículo 209 b) TRLGSS (LA LEY 16531/2015) a efectos de integrar lagunas de cotización no es de aplicación a la actora puesto que dicha regla está reservada a beneficiarios cuya prestación se rija por las normas del Régimen General, pero no para beneficiarios como la demandante cuya prestación se regula por las normas del RETA.

Ahora bien la Circular 4/2003 de 8 de septiembre (LA LEY 12425/2003), por la que se dictan normas de aplicación de la normativa vigente en materia de pensiones de jubilación y de prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, establece que aun en caso de resolver un régimen sin integración de lagunas, se aplicará esta integración en aquellos períodos de alta o asimilados al alta sin obligación de cotizar, que sean subsiguientes a una situación de alta en un régimen que prevea dicha integración. Dicha Circular que prevé en definitiva un régimen más favorable que el que deriva de la estricta aplicación de la normativa partiendo para ello de criterios jurisprudenciales, exige como premisa que haya existido una situación de alta o asimilada subsiguiente al cese en el trabajo en el Régimen General, como podría ser la inscripción como demandante de empleo que como se reconoce por la demandante no ha existido.

En cuanto a lo que se ha de entender como situación asimilada al alta se pronuncia la STS de 20-04-2021: (LA LEY 31238/2021)

"1.- Como regla general, son "situaciones asimiladas al alta " aquellos supuestos legales en los que, a pesar de que se ha cursado la baja en la Seguridad Social, se considera que, a efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones, debe conservarse la situación de alta en que se encontraba el trabajador con anterioridad. Entre ellas se encuentra la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que se mantenga la inscripción como desempleado en la Oficina de Empleo .

La jurisprudencia argumenta que el hecho de que la norma "exija que el paro involuntario asimilado a la situación de alta sea aquél que subsista después de agotadas las prestaciones de desempleo [...] no debe ser obstáculo para que se aprecie tal asimilación respecto de los asegurados en el RETA, que carecen del derecho a las mismas" (sentencia del TS de 30 de enero de 2007, recurso 1574/2005 (LA LEY 1646/2007)).

2.- El requisito de estar en situación asimilada a la de alta al paro involuntario para acceder a la pensión de jubilación, "supone el mantenimiento de la voluntad de incorporación al trabajo tras el agotamiento de la prestación o el subsidio de desempleo, para puntualizar que la persistencia de esa voluntad de trabajo ha de evidenciarse por el mantenimiento de la inscripción ininterrumpida y actualizada como demandante de trabajo en la correspondiente oficina de empleo" (por todas, sentencias del TS de 20 de enero de 2003, recurso 1290/2002 (LA LEY 11058/2003); 29 de junio de 2015, recurso 2972/2014 (LA LEY 132004/2015); y 20 de febrero de 2018, recurso 1845/2016 (LA LEY 4080/2018)).

3.- El requisito de situación asimilada al alta se cumple "cuando el alejamiento intermedio del sistema obedece a especiales circunstancias" (sentencia del TS de 19 de julio de 2001, recurso 4384/2000 (LA LEY 146765/2001)). En efecto, reiterada doctrina jurisprudencial ha atenuado la exigencia del requisito del alta mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección, explicando que "el requisito del alta y las situaciones asimiladas a ella han sido interpretados de modo no formalista por esta Sala, estimando en general que sí concurriría la situación de alta , cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por cumplido [...] debiendo entenderse que concurre el presupuesto de encontrarse la ahora recurrente en situación de asimilada al alta a los efectos de acceder a la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, puesto que es fundadamente explicable que pudiera haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo durante un período de tiempo, tanto más cuanto en el momento de producirse la baja en la Seguridad Social estaba afectada de la misma enfermedad ya iniciada que le condujo a la situación de incapacidad permanente, con las graves dolencias no cuestionadas [...] En tal situación no puede presumirse un abandono por parte del trabajador del Sistema de Seguridad Social, puesto que por su estado no podía realmente efectuar gran parte de actividades con habitualidad, rendimiento y eficacia siendo fundadamente explicable que pudiera haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo ." (sentencia del TS de 8 de marzo de 2017, recurso 2686/2015 (LA LEY 15452/2017))".

TERCERO.- *Ahora bien, conforme a las previsiones de los artículos 4 (LA LEY 2543/2007) y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LA LEY 2543/2007) (LOIEMH), la aplicación e interpretación de las normas con perspectiva de género no es una opción, sino un auténtico mandato legal imperativo, constituyendo un método de análisis que exige, en primer lugar, analizar el contenido del precepto legal de aplicación desde la perspectiva de su neutralidad, y, en segundo término, valorar la posibilidad de que su aplicación provoque un impacto de género, en el sentido de generar efectos desproporcionadamente desfavorables sobre el colectivo femenino, y, por último, de resultar afirmativa la respuesta a la anterior cuestión, debe valorarse si dicho impacto desfavorable encuentra justificación en algún objetivo legítimo (STSJ de Cataluña de 8-06-2021).*

A partir de la STS de 21 de diciembre de 2009 (rcud 201/2009 (LA LEY 273485/2009)), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha procedido a aplicar la perspectiva de género como criterio de interpretación en las SSTS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud 1352/2017 (LA LEY 151332/2018)), 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018 (LA LEY 164461/2019)), 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018 (LA LEY 190993/2019), Pleno), 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 3097/2017 (LA LEY 3965/2020), Pleno), 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud 3801/2017 (LA LEY 1882/2020)), 580/2020, 2 de julio de 2020 (rcud 201/2018 (LA LEY 65186/2020)) o 908/2020, 14 de octubre de 2020 (rcud 2753/2018 (LA LEY 143770/2020)).

En la STS de 29-01-2020 (LA LEY 1940/2020) se dice: *"La evolución experimentada por el ordenamiento jurídico, a la*

que antes nos hemos referido, es fruto de la incorporación del concepto de "gender mainstreaming" elaborado en IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (Beijing, 1995) y que, en el Derecho español, tiene su primera plasmación en la Ley 30/2003, de 13 de octubre (LA LEY 1581/2003) sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Tras inspirar la LO 1/2004, de 28 de diciembre (LA LEY 1692/2004) de medidas de protección integral contra la violencia de género, halla su plasmación con alcance general en la LOIEMH (LA LEY 2543/2007), en la que se positiviza la configuración del principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal, a todas luces insuficiente.

De ahí que el análisis de los supuestos como el presente no pueda ya quedar relegado a la mera constatación de la diferencia entre el SOVI y el Régimen General de la Seguridad Social para, desde la clara literalidad de la distinción, rechazar una interpretación que pudiera llevar a solución distinta; y que, como pondremos de relieve a continuación, no sólo sigue siendo una interpretación factible dentro del marco legal aplicable, sino que resulta la más adecuada y congruente con los postulados básicos de nuestro Ordenamiento jurídico en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

4. Así, a tenor del art. 4 LOIEMH (LA LEY 2543/2007), "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". Además, el art. 15 LOIEMH (LA LEY 2543/2007) dispone que "El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. (...)".

Ninguna duda cabe, pues, sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas. Así lo hemos sostenido también en las STS/4ª de 26 de septiembre 2018 (rcud. 1352/2017 (LA LEY 151332/2018)) y 13 de noviembre 2019 (rcud. 75/2018 (LA LEY 164461/2019)).

También se añade que "Sabido es que la doctrina del TJUE ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrado por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos (STJUE de 9 de febrero de 1999 (LA LEY 10727/1999), Seymour-Smith y Pérez, C-167/97 ; y, más recientemente, STJUE de 8 de mayo 2019 , Villar Laíz, C-161/18 (LA LEY 47039/2019); y 3 de octubre 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18 ; y ATJUE de 15 de octubre 2019 (LA LEY 146373/2019), AEAT C- 439/18 y C-472/18 ; entre otras). Tal criterio es perfectamente coincidente con el que sostiene el Tribunal Constitucional que ha indicado que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir "necesariamente a los datos revelados por la estadística" (STC 128/1987 (LA LEY 855-TC/1987)), 253/2004 (LA LEY 138/2005) y 91/2019 (LA LEY 88541/2019))".

CUARTO.- En el presente caso consta que la trabajadora en el momento de su jubilación contaba con 28 años y 14 días cotizados, que no trabajó entre junio de 1988 y marzo de 2004 y se jubiló en julio de 2021. Consta también según el expediente administrativo que tiene tres hijos, nacidos en NUM000 de 1981, NUM001 de 1983 y NUM002 de 1985. Se trata por tanto de una mujer que ha trabajado durante un largo periodo tiempo dividido en dos periodos uno primero de más de 10 años, y otro posterior de más de 17 años. En la fase intermedia se produce una larga interrupción de casi 16 años, y si lo comparamos con la edad de sus hijos, coincide precisamente en el tiempo con el periodo en que sus hijos son de corta de edad hasta que el menor de ellos alcanza los 19 años.

Debemos por tanto preguntarnos si el hecho de que se haya producido esa separación del mercado laboral puede tener relación con la condición de mujer de la demandante, y en este punto son reveladores los datos del INE.

Según la estadística las personas inactivas que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes eran 839.400 en 2006, de las cuales 24.700 eran hombres y 814.700 mujeres. En 2021 el número total era de 592.400, de las cuales 39.700 eran hombres y 552.700 mujeres. Aunque existe una pequeña tendencia al alza de los hombres que no buscan trabajo por la atención de menores o dependientes, es evidente que se trata de una situación que afecta en mucha mayor proporción a las mujeres, en un porcentaje que a día de hoy supera con creces el 90%.

El criterio de tomar como relevante la permanencia en la inscripción como demandante de empleo a efectos de poder estimar que no existe una voluntad de alejamiento del mercado laboral, se revela en principio como un criterio neutro, pero si se valora la incidencia que presenta en relación al colectivo de mujeres, es claro que supone una forma de discriminación indirecta, pues ellas son las que de manera abrumadora cesan temporalmente en la

búsqueda activa de empleo debido a la dedicación a las tareas de cuidado de los hijos.

Una interpretación integradora y acorde con la perspectiva de género, debe llevar por tanto a realizar una interpretación flexible de las normas que regulan el presente caso, los arts. 209 (LA LEY 16531/2015) y 318 TRLGSS (LA LEY 16531/2015) aplicados de acuerdo a la Circular 4/2003 de la Seguridad Social. Se debe llegar así a la conclusión de que cuando no ha existido situación de alta o asimilada por no haber inscripción como demandante de empleo, en un periodo que coincide precisamente con la dedicación de la trabajadora al cuidado de los hijos, dicho periodo no debe excluirse de la posibilidad de llevar a cabo la integración de lagunas, pues en tal caso se estaría produciendo una actuación que perjudica al colectivo de mujeres como tal por su condición precisamente de mujeres.

En el presente caso es razonable considerar que la actora con una dilatada carrera profesional estuvo alejada del mercado laboral precisamente en un periodo coincidente con la minoría de edad de sus hijos, y una vez esta termina se reintegró de nuevo a la vida laboral activa, lo que denota que siempre existió un animus laborandi, lo cual ha de ser tenido en consideración equiparando tal situación a otras como la inscripción como demandante de empleo a efectos de poder apreciar el periodo controvertido como situación asimilada al alta.

QUINTO.- En un supuesto que guarda ciertas similitudes se pronuncia la STSJ de Galicia de 30-03-2022: (LA LEY 74890/2022) *"A pesar del alejamiento temporal de la actora del mercado de trabajo sin la acreditación oficial de desempleada (14-3-2002/13-2-2008 y desde 15-7-2011), las últimas particularidades citadas nos llevan a considerar vigente su "animus laborandi", en aplicación de la denominada perspectiva de género que, mediante el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo proclamado por el artículo 14 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) tipifican en el ámbito socio-laboral, entre otras disposiciones, los artículos 35 (LA LEY 2500/1978) y 41 CE (LA LEY 2500/1978), 4.2 del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) (ET) o 2 LGSS (LA LEY 16531/2015), y que desarrolla la Ley Orgánica 3/2007 de 22-3 (LA LEY 2543/2007) Para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, con antecedentes en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por la Organización de Naciones Unidas de 1979, el Tratado de Amsterdam de 1999 o las Directivas 2002/73/CE (LA LEY 11316/2002) y 2004/113/CE .*

Así, la citada LO 3/2007 (LA LEY 2543/2007) de alcance transversal (arts. 1 y 2), no sólo reitera el mandato constitucional señalado (art. 3), sino que, además y en relación con el artículo 3.1 del Código Civil (LA LEY 1/1889) dispone en el artículo 4, que "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", con arreglo a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) e inversión de la carga de la prueba (arts. 12 y 13) y con los efectos jurídicos de las conductas discriminatorias (art. 10).

En igual sentido, SSTC 12/2008 de 29-1 o (Pleno) 26/2011 de 14-2, con el fin de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, y SSTS (Pleno) de 21-12-2009 o 29-1-2020 (rr. 201/2009 y 3097/2017), sobre el necesario examen de la transversalidad del principio de igualdad a través de una interpretación normativa acorde con los postulados impuestos por la LO 3/2007 (LA LEY 2543/2007).

La secular hegemonía masculina, basada en el prejuicio inaceptable de la supuesta inferioridad de la mujer, ha postergado al sexo femenino a realizar, prácticamente de modo exclusivo y como ejemplo de segregación horizontal, trabajos propios del ámbito familiar o a ejecutar tareas que son consecuencia directa e inmediata de dicho círculo, no obstante la incorporación normativa laboral de los respectivos empleos.

Por ello, pensamos que no hay actividad probatoria indispensable ni mayor duda en orden a afirmar que entre esos trabajos de la mujer destaca, sobre todo, el cuidado de personas mayores o de personas dependientes con especial incidencia mediando relación de parentesco."

SEXTO.- Por todo lo anterior, procede estimar la demanda interpuesta. Conforme a lo dispuesto en el art. 191 LRJS (LA LEY 19110/2011), contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJA anunciándose ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por D^a Esmeralda contra el INSS, se fija la base reguladora de la pensión de jubilación en la suma de 980,24 euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes, advirtiéndole que contra la misma cabe recurso de suplicación en el plazo de 5 días a contar desde el siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior Justicia de Andalucía con sede en Granada, recurso que deberá anunciarse ante este Juzgado conforme al art. 194 LRJS (LA LEY 19110/2011) mediante comparecencia, por escrito o por simple manifestación ante este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, Jesús I. Rodríguez Alcázar, Magistrado del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada.