

El desempleo de los Trabajadores a Tiempo Parcial. A propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el Borrador de Reforma

Unemployment of part-time workers. About the judgment of the ECJ of 9th November 2017 and the Reform Draft

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Tras una cuestión prejudicial en la que se dudaba de si el en nuestro Ordenamiento había un trato discriminatorio hacia los trabajadores a tiempo parcial en su modalidad “vertical” respecto de la “horizontal”, el TJUE declara que hay discriminación por razón de género. Ello ha motivado una reforma del cálculo del periodo de ocupación cotizada para el desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, equiparando ambas modalidades. Sin embargo, esa equiparación no solo traerá ventajas para dichos trabajadores, sino un trato perjudicial en lo relativo a la cuantía. Todo ello se analiza en este estudio.

Abstract

After a preliminary ruling in which doubts were raised whether there was a discriminatory treatment in our Regulation towards part-time workers in the vertical mode (concentrating the working hours on several working days) in respect of the horizontal mode (working less hours during every working day), the ECJ stated that there is gender discrimination. This has caused a reform of the estimate of the period of contribution for unemployment of part-time workers. However, this equalization will not only benefit such workers, but also will be detrimental regarding amount. All these matters will be analysed in this research.

Palabras clave

Trabajo a tiempo parcial; desempleo

Keywords

Part-time work; unemployment

1. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2017

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial está siendo objeto en los últimos años de una importante revisión, de la mano por la Jurisprudencia del TJUE¹ y del TC², e impulsada por una singular actuación de algunos Juzgados de lo Social que recurren a la Cuestión Prejudicial con objeto de evitar discriminaciones indirectas por razón de sexo, y que fuerzan a corregir el marco regulador nacional³. Fruto de ello, en el ámbito de las pensiones causadas por trabajadores que presentan parcialidad en su vida laboral, se han

¹ STJUE de 22 de noviembre de 2012, Asunto C-385/11, *Elbal Moreno* contra INSS y TGSS.

² SSTC 61/2013, de 14 de marzo, 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

³ Sobre este fenómeno en sentido amplio (en palabras de MOLINA NAVARRETE, el «fervor judicial nacional por la “cuestión prejudicial”», véase MOLINA NAVARRETE, C., *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la Jurisprudencia Comunitaria*, La Ley, 2017 (en especial el Capítulo Preliminar, «El nuevo modelo multinivel de justicia social: el TJUE como fuente de (re)-creación del derecho del trabajo»; del mismo, «La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de «última palabra»?»: Experiencias de tutela del contratante débil», *La Ley*, núm. 9008, 2017.

modificado tres elementos⁴: a) el cálculo de la vida laboral en orden a las pensiones; b) el período mínimo exigido para la jubilación de tales trabajadores; y c) la determinación del porcentaje aplicable a su jubilación. Todo ello, bajo el principio de que evitar que el tener un trabajo a tiempo parcial merme sus derechos previsionales. Pero no siempre han sido litigios que se hayan resuelto a favor un cambio normativo. Así, el TJUE⁵ y el TC⁶ no consideraron necesario reformar las reglas de integración de lagunas de cotización que sucedieran a un trabajo parcial.

Estas reformas habían soslayado, hasta ahora, la protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial. Pero es que ya tenía un régimen y lógica protectora distinta. Así, dentro de la acción protectora de este tipo de trabajadores, siempre ha habido una sustancial diferencia entre las reglas previstas para el desempleo y para el resto de las prestaciones, con un régimen mucho más positivo para el primero que para las segundas⁷. Es más, considero que el modelo a seguir para el cálculo de la vida laboral de este perfil de asegurados debiera haber sido el del desempleo⁸. Sea como fuera, poco han tenido que ver las reglas del desempleo con respecto de las demás prestaciones en caso de trabajadores a tiempo parcial.

Sistemáticamente, la propia normativa los trata separadamente. Así, aunque la Sección 1ª del Capítulo XVII del Título II LGSS 2015 se titula “*Trabajadores contratados a tiempo parcial*” (arts. 245 a 248), la regulación contenida en dicha Sección se aplica a todas las prestaciones salvo el desempleo, remitiéndose para esta prestación a los artículos 269.2 y 270 LGSS. A su vez, estos preceptos indican que para determinar los períodos de cotización y el cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica, que no es otra que el RD 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo⁹.

⁴ RD-L 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Ampliamente, ver MALDONADO MOLINA, J.A., «Vida laboral cotizada: computo y efectos tras las últimas reformas», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014, págs. 116 y ss.

⁵ STJUE de 15 de abril de 2015, Asunto C-527/13. *Lourdes Cachaldora* contra el INSS y la TGSS.

⁶ STC 110/2015, de 28 de mayo de 2015, *Landeira Rey*.

⁷ Cfr. MALDONADO MOLINA, J.A., «La protección por desempleo de los trabajadores precarios», en VV.AA., *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015; del mismo, «La Seguridad Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial», en VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 480.

⁸ MALDONADO MOLINA, J.A., «El trabajo a tiempo parcial y su impacto en el sistema de pensiones: especial referencia a la pensión de jubilación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 419, 2018.

⁹ Este trato diferencial desempleo/otras prestaciones no se vio alterado con la nueva regulación dada a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial por el RD-L 11/2013, de 2 de agosto, con el que se adecuó nuestro Derecho a lo prescrito por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que estas nuevas reglas no se extendieron a la prestación por desempleo. El Texto Refundido de 1994 recogió esta reforma de 2013 en la disposición adicional 7.ª LGSS, pero sin que afectara al trabajo a tiempo parcial. Para este tipo de trabajo, se incluyó una regla específica (la regla cuarta) indicando que para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo, se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica (es decir, señalaba lo mismo que los actuales 269.2 y 270, remitiéndose al RD 625/1985).

Materialmente, la principal diferencia estriba, ni más ni menos, en cómo se computa el período cotizado en orden al acceso y duración de la cobertura contributiva. Otras reglas singulares son las relativas a la compatibilidad del cobro del desempleo y la realización de un trabajo a tiempo parcial. Por el contrario, no hay diferencia en lo concerniente al cálculo de la prestación, que tiene el mismo régimen para trabajadores a tiempo completo y tiempo parcial (y dentro de ellos, sin hacer distingos por parcialidad horizontal o vertical). Veamos el actual régimen jurídico del desempleo en este tipo de trabajo, régimen que en lo relativo al cómputo del período cotizado se ve afectado por la STJUE de 9 de noviembre de 2017.

1.1. Cómputo del período cotizado a efectos del período de carencia y de la duración del desempleo subsidiado

El artículo 3.4 RD 625/1985 establece que cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Y ello tanto en orden al período de carencia como de la duración, que –como se sabe– en el caso del desempleo está en función de la vida laboral cotizada (es la única prestación que sigue esta pauta). Se recurre a unas reglas que en general entendemos eran (siguen siendo, hasta no se apruebe la nueva reforma) más beneficiosas que las previstas para otras prestaciones. No obstante, hay que advertir que eran especialmente beneficiosas para un colectivo, que era el de los trabajadores a tiempo parcial “horizontal”, ya que si es “vertical” no obtenían tantos beneficios (aunque las reglas son mejores que las aplicables a otras prestaciones).

En efecto, nuestro Sistema de Seguridad Social aplica reglas distintas para computar la vida laboral de un trabajador a tiempo parcial según que tales períodos cotizados vayan a usarse en orden al desempleo o al resto de las prestaciones. Así, el punto de partida es común, y es que la vida laboral se computa en días. El que día trabajado se equipare a día cotizado permite que un trabajador que simultáneamente coticie por varios contratos a tiempo parcial pueda lucrar independientemente diversas prestaciones por desempleo, sin que las cotizaciones correspondientes al tiempo de trabajo superpuesto se estimen como ya utilizadas al generar una primera prestación por desempleo¹⁰. La extinción de uno de los contratos no implica que las cotizaciones correspondientes al tiempo de trabajo superpuesto se deduzcan y se reputen como ya utilizadas, sino que cada período de trabajo a tiempo parcial genera un período cotizado que a efectos del desempleo se considera como día cotizado en su totalidad, por lo que cada actividad devenga su propia cobertura¹¹.

Pues bien, la cuestión viene de determinar cuándo se considera que un trabajador ha cotizado un día en el caso de que trabaje solo unas horas de cada día. A dicha cuestión se le da una solución distinta según sea para causar derecho al desempleo o al resto de las prestaciones del Sistema.

¹⁰ Art. 266 b) LGSS 2015; STS de 31 de mayo de 2000, RJ 2000\7167.

¹¹ El art. 270.4 LGSS 2015 precisa que cuando el trabajador tenga dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de las bases por las que se haya cotizado por dicha contingencia en ambos trabajos durante los ciento ochenta días del período a que se refiere el artículo 269.1, y las cuantías máxima y mínima se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas en ambos trabajos; STS de 31 de mayo de 2000, RJ 2000\7167.

- Para las demás prestaciones, se calcula el coeficiente global de parcialidad de la vida laboral del trabajador, coeficiente que no solo sirve para calcular la vida cotizada a tiempo parcial traduciéndola en tiempo completo, sino que también tiene como virtualidad –y ese fue uno de los grandes avances, que no se contempla para el desempleo– el que se modifican los períodos de carencia (tanto genéricos como específicos), adecuándolos al coeficiente global de parcialidad que tenga el trabajador.

- Por su parte, el desempleo sigue una fórmula totalmente distinta. Y es que un día se considera cotizado, cualquiera que sea la jornada realizada. Como hemos adelantado, el artículo 3.4 RD 625/1985 señala que «cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada».

Por tanto, computa un período superior al realmente cotizado, ya que la cotización es proporcional a las horas trabajadas¹², aunque tal asimilación no se extiende al cálculo de la base reguladora, que se regirá por las mismas fórmulas que los trabajadores a jornada completa¹³. De este modo, da por cotizado cada «día trabajado», por lo que en puridad no deberían computarse los días de inactividad¹⁴. Sin embargo, ciertamente sí debe proceder el cómputo de los días de descanso si por ellos corresponde algún devengo, y en consecuencia retribución y cotización¹⁵.

Por ello, se establecen soluciones distintas según nos encontremos ante un trabajador a tiempo parcial que preste sus servicios efectivos cinco días o más a la semana (han venido a llamarse “trabajo a tiempo parcial horizontal”) o menos de esa cifra (“trabajo a tiempo parcial vertical”, por condensar las horas de trabajo en unos días), buscando en ambos casos computar los días de descanso de los trabajadores a tiempo parcial de forma similar a la que sucede con los trabajadores a tiempo completo, que realizan un trabajo efectivo cinco días a la semana.

1.1.1. Trabajo a tiempo parcial “horizontal”

En el caso de trabajadores que prestan sus servicios cinco o más días a la semana a tiempo parcial no se les computan únicamente los días de cotización efectiva (los días que prestan servicios), sino también el resto en concepto de descanso (al igual que a los trabajadores a tiempo completo). Se les computa como cotizado el total de días naturales en los que mantengan su relación laboral, todos los días de duración de su contrato.

Según los datos del Ministerio, recogidos en la Memoria Abreviada del análisis de impacto normativo del Real Decreto por el que se modifica el RD 625/1985, este tipo de trabajadores son mayoritarios dentro de lo que tienen parcialidad en su jornada parcial. En

¹² Artículo 65 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

¹³ CABEZA PEREIRO, J., «Sobre la prestación por desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2000, pág. 43.

¹⁴ STS de 3 de noviembre de 1994, RJ 1994\8589.

¹⁵ CABEZA PEREIRO, J., «Sobre la prestación por desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial», *op. cit.*, pág. 43.

concreto, indica que «Alrededor de 208.000 beneficiarios perciben cada mes la prestación contributiva a tiempo parcial por haber cesado en trabajos a tiempo parcial. La jornada media de estos contratos es del 65 por ciento de la jornada habitual. Se estima que, de ellos, 35.000 beneficiarios proceden de trabajos con jornada a tiempo parcial “vertical”, es decir, que no trabajan todos los días laborables de la semana».

La solución que se sigue con el desempleo entendemos que no solo es más positiva para el trabajador que las del resto de las prestaciones, sino que también es coherente con lo que significa la institución del período de carencia, que no es otra que garantizar que la carrera de seguro se extienda durante un tiempo mínimo antes de activar la cobertura, con una finalidad preventiva del fraude y que viene a actuar como mecanismo de seguridad económica del Sistema, garantizando además que en el nivel contributivo quienes reciban cobertura sean aquellos que verdaderamente han contribuido mediante su esfuerzo al sostenimiento de las arcas de la Seguridad Social. El período mínimo cotizado (el período de carencia) debe atender al tiempo asegurado, no al importe cotizado, lo que prima en orden al derecho no es la cantidad cotizada, sino el tiempo cotizando, ya que el importe de lo cotizado se debería tener en cuenta en orden a la cuantía de las prestaciones, y no de cara al derecho.

Sin embargo, esta solución tan positiva (considerar como cotizados todos los días en los que permanece asegurado, con independencia de las horas cotizadas) no se aplica a todos los trabajos a tiempo parcial, sino solo al “horizontal”, quedando fuera el vertical (con la normativa anterior a la Sentencia y norma que estamos analizando). Veamos cuál era su situación.

1.1.2. Trabajo a tiempo parcial “vertical”

No prestan servicios todos los días, sino solo unos días (menos de cinco), en los que pueden acumular toda la jornada (pudiendo darse el caso de que en un día trabajen una jornada completa), o parte de ella. En este caso, mantienen el alta durante toda la vigencia del contrato, pero solo se cotiza por las horas que efectivamente trabajan (pero con una base de cotización mensual, dato importante éste porque es el que sirve de argumento al Juzgado de lo Social núm. 33 para plantear la Cuestión Prejudicial)¹⁶.

Ahora bien, con objeto de darles un tratamiento equitativo, para calcular el periodo de ocupación cotizado no solo hay que computar los días de trabajo efectivo, sino que se añade la parte proporcional de los días de descanso ordinario. Para ello, los días efectivamente trabajados se multiplican por un coeficiente, que es el 1,4 (5 por 1,4 es 7). Esta regla opera tanto para el derecho como para la duración. No se contempla en el artículo 3.4 del RD 625/1985, sino que en una vetusta jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo¹⁷. A

¹⁶ El artículo 246 LGSS no deja lugar a dudas: para los trabajadores a tiempo parcial, la base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquella será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. La Orden anual de cotización (para 2018, artículo 36 Orden ESS/55/2018, de 26 de enero) reitera esta idea, precisando que «Se computará la remuneración devengada por las horas ordinarias y complementarias en el mes a que se refiere la cotización, cualquiera que sea su forma o denominación, con independencia de que haya sido satisfecha diaria, semanal o mensualmente».

¹⁷ SSTCT 21 de marzo de 1988; 20 de mayo de 1988; 20 de julio de 1988 y 28 de octubre de 1988.

diferencia de los que trabajan cinco o más días, a estos no se les considera cotizado todo el tiempo de duración de su contrato (aunque sí se mantiene el alta todo el tiempo).

Sobre estos últimos supuestos volveremos en el apartado “trabajo a tiempo parcial vertical”, y que ha motivado la STJUE y el Proyecto de Real Decreto. Ahora solo adelantar que al igual que para el cálculo del período de carencia “día trabajado” es “día cotizado” (y no se computa como cotizado el no trabajado), para determinar su base reguladora no se toma los últimos 180 días naturales, sino que se amplía a 180 días cotizados dentro del período de ocupación cotizada (POC). Retomaremos más adelante este tema.

1.2. Compatibilidad prestaciones por desempleo y trabajo a tiempo parcial

Respecto de las reglas de compatibilidad, encontramos otro elemento de adaptación de la prestación por desempleo en caso de los trabajadores a tiempo parcial. Así:

- La prestación y el subsidio son compatibles con el trabajo a tiempo parcial (incluido con un contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores a tiempo parcial), sin perjuicio del descuento correspondiente en la cuantía de la prestación (solo cambia la cuantía, no la duración)¹⁸.
- En el caso del trabajo a tiempo completo, solo es compatible cuando se prevé en algún programa de fomento de empleo (contrato de trabajo por tiempo indefinido y jornada completa de apoyo a emprendedores).

1.3. La cuantía del desempleo en el trabajo a tiempo parcial horizontal

A diferencia de lo visto en relación con el período de carencia y la duración, con la cuantía del desempleo no contempla reglas adaptadas a los trabajadores a tiempo parcial horizontal (en el caso del vertical sí hay reglas específicas). Es aquí donde queda más patente que «la protección por desempleo se ha erigido sobre el prototipo del contrato a jornada completa, y cuando se aplica a los trabajadores a tiempo parcial provoca numerosos problemas e injusticias»¹⁹.

Ello contrasta precisamente con otros subsidios de nuestro Sistema, en los que sí tiene lugar esa adaptación, como es el subsidio por IT, o el de maternidad y paternidad. En esos otros casos, la particularidad viene de ampliar el período a computar en la base reguladora, tratando de que dicha base sea lo más fiel a la realidad, evitando que el que un trabajador cotice a tiempo parcial en el período inmediato a una prestación pero tenga una carrera laboral compuesta mayormente por períodos a tiempo completo, se vea perjudicado. En el siguiente cuadro se refleja esta diferencia:

¹⁸ Sobre estas cuestiones, y el impacto del RDL 2072012 en la situación en la que un trabajador viniera realizando dos o más trabajos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, ver ampliamente ROQUETA BUJ, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

¹⁹ ROQUETA BUJ, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

DESEMPLEO			OTROS SUBSIDIOS		
Tiempo completo	Tiempo parcial horizontal	Tiempo parcial vertical		Tiempo completo	Tiempo parcial
180 días naturales		Amplía los 180 en proporción reducción jornada	Maternidad /Paternidad	Mes anterior	Año anterior dividido por 365
			IT	Mes anterior	Hasta 3 meses por días trabajados en 3 meses

Como adelantamos, hay reglas diferentes para el cálculo de la base reguladora según que nos encontremos con trabajo a tiempo parcial horizontal (que se equipara con el trabajo a tiempo completo), y el trabajo a tiempo parcial vertical.

En el caso del trabajo a tiempo parcial horizontal, se aplica exactamente la misma fórmula para determinar la base reguladora que en el contrato a tiempo completo, esto es, “se calculará dividiendo por 180 la suma de las cotizaciones por la contingencia de desempleo correspondientes a los últimos 180 días cotizados precedentes al día en que se haya producido la situación legal de desempleo o al del que cesó la obligación de cotizar” (art. 4 RD 625/1985).

La ausencia de reglas que adapten la base reguladora al trabajo a tiempo parcial puede generar perjuicios para el trabajador en el caso de que éste tuviera una previa carrera laboral a tiempo completo, y en los últimos seis meses hubiera prestados servicios a tiempo parcial. Es un tema de azar, en el que no tendría que influir la perspectiva de género, pero que interesa destacarlo, porque podría evitarse con una fórmula que posibilitar que opcionalmente el sujeto pudiera ampliar el período temporal a considerar para la base reguladora (de forma voluntaria, como ya ocurrió con la base reguladora de la pensión de jubilación tras la Ley 27/2011).

Un ejemplo nos servirá constatar cómo esta regla perjudica al trabajador que pase de un contrato a tiempo completo y uno a tiempo parcial justo en el período anterior a la percepción del desempleo. El supuesto sería un trabajador con un hijo a cargo, y seis años cotizados. Y confrontaremos qué ocurriría si de sus últimos seis años cotizados, los 180 últimos días fuesen a tiempo completo o a tiempo parcial (siendo el resto de su vida laboral a tiempo completo):

	Si tiempo completo (1000 €)	Media jornada (500 €)
Prestación	6 meses: 700 € Resto (18): 500 €	6 meses: 350 € Resto (18): 335,70 € (no es 205€ por la aplicación de los mínimos)
Subsidio	30 meses: 430,27 €	30 meses: 215,14 €
TOTAL	Prestación: 13.200 € Subsidio: 12.908,1 € Total: 26.108,1 €	Prestación: 8.142,6 € Subsidio: 6.454,2 € Total: 14.596,8 €

En definitiva, sumando las prestaciones contributivas que pudiera percibir durante 24 meses, más el subsidio asistencial al que hubiera tenido derecho durante 30 meses, perdería 11.511,3 € por trabajar 6 meses a tiempo parcial.

Para estos casos, la profesora ROQUETA aconseja que el trabajador «lo que debe hacer es pedir el reconocimiento de la prestación por desempleo por la pérdida del primer empleo, deduciéndose del importe de la prestación a que tenga derecho la parte proporcional al tiempo trabajado en el segundo (art. 15.2 RPD)»²⁰.

La base reguladora del desempleo, por tanto, no se amplía temporalmente en caso de que el trabajador sea a tiempo parcial, aplicando la misma regla que si se tratara a tiempo completo: los últimos 180 días.

Ahora bien, sí se modaliza respecto del importe de las bases de cotización, lo que perjudica al asegurado, pero es coherente con el principio de contributividad. Ello ocurre tanto respecto del nivel contributivo como el asistencial. En efecto, como es lógico, las bases de cotización (por contingencias profesionales) que se tomen, reflejaran el importe de la retribución, y si ésta es proporcional a la jornada, la cotización reflejará esa circunstancia. Y también se adecuan a la proporcionalidad los topes máximos y mínimos del desempleo, calculándose en función de las horas trabajadas²¹.

²⁰ ROQUETA BUI, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

²¹ ROQUETA BUI precisa, con buen criterio, que «el tope mínimo general fijado en atención a la jornada a tiempo completo se ajusta a la jornada reducida que cada uno de los trabajadores a tiempo parcial realiza, lo que permite que éstos y sus empresarios coticen por debajo de aquel valor general. Y es que, de no ser así, los contratos de trabajo a tiempo parcial estarían sometidos a una presión contributiva desproporcionada y, consiguientemente, resultarían penalizados. Ahora bien, como quiera que el tope mínimo horario se cuantifica tomando como referente la jornada máxima legal y no la jornada habitual del sector de actividad de que se trate, las bases mínimas mensuales de los trabajadores a tiempo parcial encuadrados en sectores de actividad que tengan una jornada anual inferior a la máxima legal resultarán comparativamente más reducidas que las de los trabajadores a tiempo completo encuadrados en el mismo sector de actividad» (ROQUETA BUI, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015).

En el caso de los subsidios asistenciales, tradicionalmente tenían el mismo importe fuera cual fuese la jornada de la última relación laboral, percibiéndose siempre el importe íntegro. Sin embargo, tras el RDL 20/2012, se introdujeron en nuestro Ordenamiento la figura de los subsidios parciales, de forma que si el último contrato del trabajador es a tiempo parcial, el subsidio no se cobrará íntegro, sino reducido en la misma parcialidad. Esto se aplica a todos los subsidios asistenciales salvo para los más infrecuentes: emigrantes retornados, liberados de prisión, y revisión de incapacidad.

Si el trabajador hubiese tenido distintas parcialidades, hay que diferenciar dos supuestos:

- a) Si los contratos son independientes unos de otros (contratos con distintas empresas, o bien con la misma pero distintas funciones), se cobrará el subsidio en función del porcentaje de horas trabajadas en el último de los contratos.
- b) Si los contratos no son independientes, sino que el trabajador ha estado trabajando para una misma empresa con distinta parcialidad (unos meses a jornada completa, otros a media jornada), se hace una media ponderada y en función de esa jornada media

2. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL VERTICAL

Las reglas que hemos analizado para el cómputo del período cotizado a efectos del período de carencia y de la duración del desempleo, tienen en cuenta –como hemos expuesto– el número de días de trabajo efectivo, no el número de horas. Por ello, si comparamos dos trabajadores que presten una jornada mensual idéntica en número de horas, pero en un caso repartida en más días, nos encontraremos con una mejor protección para que el presta servicios más días. Es lo que se ha llamado desigualdad entre las modalidades «horizontal» y «vertical» del contrato a tiempo parcial en orden a la acreditación de los períodos de ocupación cotizada²², que tendrá consecuencias tanto en orden al período de carencia como de la duración de la prestación por desempleo.

Con un ejemplo veremos más claramente las consecuencias que para un trabajador puede tener su distribución de la jornada, trabajando un mismo número de horas: 16 a la semana (64 al mes).

DISTRIBUCIÓN	Parcial horizontal (4 días semanales, 4 horas cada día)	Parcial vertical (2 días a la semana, 8 horas cada día)
HORAS	64 al mes/16 a la semana	
DÍAS SEMANA	4 (4 horas día)	2 (8 horas día)
VIDA LABORAL COTIZADA	Semana: $4 \times 1,4 = 5,6$ Mes: 22,4 días cotizados Año: 268,8 días	Semana: $2 \times 1,4 = 2,8$ Mes: 11,2 días Año: 134,4 días

²² ROQUETA BUI, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

La jurisprudencia también ha abordado la problemática de las personas concentran en unos meses toda su vida laboral anual, y se prorratea la cotización todo el año (supuesto típico de trabajadores jubilados parcialmente y que acumulan la jornada)²³, indicando que «el artículo 210 LGSS se expresa en términos claros y categóricos al referirse a “ocupación cotizada”, por lo que no vale, simplemente, con el hecho de la cotización –que en este caso se mantiene, ciertamente, prorrateada durante todo el año– sino que es preciso el hecho de trabajo efectivo realizado». Por ello, y teniendo en cuenta cual es la razón que legitima la percepción de la prestación de desempleo, que no es otra que la pérdida del trabajo u ocupación laboral, obviamente «solo ha de tenerse en cuenta para la duración de su devengo el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral, por más que la correspondiente cotización por la contingencia de desempleo a la Seguridad Social y el alta en esta última se mantengan durante todo el año».

En todo caso, es evidente que el caso de trabajo a tiempo parcial vertical se produce un trato desigual y más desfavorable en el cálculo de la vida laboral cotizada, perjudicando el acceso al derecho, y la duración de la prestación a percibir, aún realizando un similar esfuerzo contributivo de un supuesto comparable de trabajo a tiempo parcial horizontal («sobre todo a los que, en alguno o todos los días de trabajo, sobrepasan la jornada ordinaria diaria»²⁴). No hay coincidencia entre el número de días asegurados y la vida laboral cotizada, ya que lo que prima es el número de días en los que se hace el trabajo efectivo (más el coeficiente del 1,4 para añadir los correspondientes al descanso).

Ahora bien, hay una regla que sí se modaliza para el trabajo parcial vertical, beneficiándolos respecto de los horizontales, y es qué período se toma en cuenta para su base reguladora. En cierto modo, «se viene a compensar la mayor dificultad en el acceso y duración de las prestaciones por desempleo»²⁵ con este otro modo de calcular la cuantía. Es una cuestión importante, porque con la reforma prevista por el Gobierno pasaría a aplicarse el régimen común, lo cual les perjudicaría. De hecho, la justificación de que la reforma propuesta tendría un efecto “neutro” desde un punto de vista económico reside precisamente en esto, en que aunque se va a facilitar el acceso y ampliar la duración, la base reguladora se calculará en un período temporal menor, lo cual redundará en una reducción del importe de la prestación.

En efecto, actualmente el cálculo de la base reguladora del desempleo en caso de parcialidad vertical se hace como sigue. Antes de la STJUE, se tomaban 180 días cotizados dentro del período de ocupación cotizada; y tras ella, al cambiar la forma de calcular el período cotizado, los 180 días naturales anteriores. Ello es así porque el artículo 270 LGSS señala que “La base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior”. Y el apartado 1 del artículo anterior se refiere al período de ocupación cotizada (y la duración de la prestación). Por tanto, si se modifica la forma de calcular el período de ocupación cotizada, automáticamente se cambia

²³ SSTs de 13 de febrero de 2007, 16 de marzo de 2007 y 17 de abril de 2007.

²⁴ ROQUETA BUI, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

²⁵ ROQUETA BUI, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.174/2015.

el modo de calcular la base reguladora, estando a los 180 días inmediatos de trabajo efectivo, y no a los 180 días naturales anteriores.

Veamos, con un ejemplo, cómo se calculaba antes de la STJUE de noviembre de 2017. Un trabajador a tiempo parcial tiene un contrato vigente durante 371 días, prestando servicios 3 días semanales:

- a) En primer lugar, calculábamos el período de ocupación cotizada. Al tener un contrato durante 371 días, sería:
 - Calculamos las semanas: 371 dividido entre 7 días, es igual a 53 semanas
 - Calculamos los días cotizados: 53 semanas por 3 días cotizados cada semana, es igual a 159 días
 - Le sumamos la parte correspondiente a descansos: 159 por 1,4, es igual a 223 (222,6) días cotizados
- b) Calculamos la base reguladora
 - 371 días componen el período de duración del contrato, de los que 223 se consideran como cotizados. Por tanto, hay que ver qué parte de esos 223 corresponden a 180. Para ello, se sigue una regla de tres: Si a 223 le tomamos 180, al período natural de 317 le debemos tomar X, que en este caso es 300.
La base reguladora estará compuesta por las cotizaciones de los últimos 300 días ($371 \times 180 / 223$, es igual a 300).

Al ampliar el período integrante de la base reguladora por encima de 180 días, se consiguen incluir 180 días efectivamente cotizados. Si nos hubiéramos quedado con los importes cotizados en los últimos 180 días naturales, muy probablemente el importe tomado como base reguladora sería menor.

3. LA STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2017, ASUNTO C-98-15, *ESPADAS RECIO*

Se trata de un supuesto²⁶ que tiene su origen, una vez más, en una Cuestión Prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona al TJUE, al

²⁶ Se trata de una limpiadora que durante algo más de catorce años (desde el 23 de diciembre de 1999 al 29 de julio de 2013, es decir, 5.121 días de fecha a fecha), presta servicios durante dos horas y media tres días a la semana (lunes, miércoles y jueves), y cuatro horas el primer viernes de cada mes, lo que da un total de 1.387 días efectivamente cotizados. Finalizada su relación laboral, y solicitada la prestación, el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) le reconoce una prestación por un período de 120 días. Presentada reclamación previa solicitando la máxima duración (720 días), el SEPE estima parcialmente la reclamación, reconociéndosele una prestación de 420 días de duración.

Para establecer esta duración de 420 días, el SPEE se basó en que, con arreglo al artículo 210 de la LGSS, en combinación con el artículo 3, apartado 4, del RD 625/1985, en caso de trabajo a tiempo parcial, si bien la duración de la prestación por desempleo se determina en función de los días de cotización en los seis años (...)

considerar que los trabajadores a tiempo parcial en distribución vertical experimentan una doble penalización con respecto a los “horizontales”: “en un primer momento, el menor salario mensual por el hecho de trabajar a tiempo parcial implica una prestación por desempleo de un importe proporcionalmente inferior y, después, se reduce la duración de esta prestación, puesto que sólo se tienen en cuenta los días trabajados, mientras que el período de cotización es más amplio”. El Juzgado de lo Social considera que la cotización mensual se realiza en función del salario percibido por la persona trabajadora por cada mes completo, y no por horas o días en que se haya prestado servicios, por lo que “no se toman en consideración en su totalidad para determinar la duración de la prestación por desempleo”.

La Cuestión Prejudicial se centra en plantear si hay discriminación al excluir los días no trabajados, “a pesar de haberse cotizado por los mismos”, en los supuestos de trabajo a tiempo parcial “vertical”, al afectar a una proporción “mucho mayor de mujeres que de hombres”, analizando si se vulneran:

- a) La Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 (en lo sucesivo, «Acuerdo Marco»), que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9)
- b) Artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Respecto de los dos instrumentos comunitarios examinados, considera que solo se ve vulnera el artículo 4 de la Directiva 79/81/CE²⁷, pero no el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial (precepto que ya en 2010 sirvió al TJUE para pronunciarse sobre la discriminación entre trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal)²⁸, dado que no es aplicable a una prestación contributiva por desempleo como la controvertida en el litigio

anteriores, sólo debían tenerse en cuenta los días efectivamente trabajados, en este caso 1.387, y no los seis años de cotización en su conjunto.

Frente a la resolución que le reconoce una duración de 420 días, y al estimar que se tenía que haber considerado como cotizados los últimos seis años, la Sra. Espadas Recio presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona para impugnar las liquidaciones individuales efectuadas por el SPEE.

²⁷ El artículo 4 de la Directiva 97/7/CEE establece: «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.»

²⁸ En la STJCE de 10 de junio de 2010 (asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08) se declaró que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico (personal de cabina de una compañía aérea), conduce a excluir los períodos no trabajados al calcular la antigüedad requerida a fin de adquirir el derecho a una pensión de jubilación, mientras que los trabajadores a tiempo parcial horizontal y los que trabajan a tiempo completo no están sometidos a dicha regla, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

principal²⁹. Llega a esta conclusión apoyándose en la Jurisprudencia del TJUE, que –por un lado– ha declarado “que del preámbulo del Acuerdo Marco se desprende que éste tiene por objeto «las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, reconociendo que las decisiones relativas a los regímenes legales de seguridad social son competencia de los Estados miembros»”³⁰. Y –por otro lado– indica que están comprendidas en el concepto de «condiciones de empleo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del mencionado Acuerdo Marco, las pensiones que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, con exclusión de las pensiones legales de seguridad social, que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social³¹.

Por tanto, se centra en la Directiva 79/81/CEE. Al respecto, el TJUE (asumiendo la tesis de la abogada general)³², considerando que la normativa española provoca una diferencia de trato no justificada, y por consiguiente discriminatoria (indirecta), por razón de sexo, en cuanto que una norma aparentemente neutra provoca un efecto negativo sobre las mujeres, perjudicando «de hecho a un número mayor de mujeres que de hombres»³³. Los datos estadísticos son clave en la resolución del litigio, y de hecho recuerda que en otro supuesto controvertido (el asunto *Cachaldora Fernández*)³⁴ no apreció discriminación precisamente al no apoyarse en una «información estadística irrefutable sobre el número de trabajadores a tiempo parcial» y porque en ese otro caso «la medida en cuestión tenía efectos aleatorios, puesto que para determinados trabajadores a tiempo parcial, grupo supuestamente desfavorecido por dicha medida, su aplicación podía incluso suponer una ventaja».

Considera que una medida de esta naturaleza 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. Cosa que no considera probada en este caso, al desestimar los argumentos del Gobierno español, que justificaba la diferencia de trato por el principio de “cotización al sistema de seguridad social”, “dado que el derecho a la prestación por desempleo y la duración de ésta están en función únicamente del período durante el cual un

²⁹ La cláusula 4, apartados 1 y 2, del Acuerdo Marco dispone lo siguiente:

«1. Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*.»

³⁰ Se apoya en este punto en la sentencia de 14 de abril de 2015, *Cachaldora Fernández*, C-527/13, EU:C:2015:215, apartado 36.

³¹ Remitiéndose a las Sentencias de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 21, y de 14 de abril de 2015, *Cachaldora Fernández*, C-527/13, EU:C:2015:215, apartado 37.

³² Una comparativa entre en las conclusiones -presentadas el 16 de marzo- y el Fallo, en ROJO TORRECILLA, E., «Mayor protección por desempleo para quienes trabajan a tiempo parcial. Discriminación (por razón de sexo) de los trabajadores part-time vertical. Notas a la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15)»

<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2017/11/mayor-proteccion-por-desempleo-para.html>.

³³ Reitera en este punto jurisprudencia contenida en Sentencias de 20 de octubre de 2011, *Brachner*, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 56 y jurisprudencia citada, y de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 29.

³⁴ Sentencia de 14 de abril de 2015, *Cachaldora Fernández* (C-527/13, EU:C:2015:215). Sobre la misma, nos remitimos a MALDONADO MOLINA, J.A., «La Seguridad Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial», en VV.AA., *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 478 y 479; PANIZO ROBLES, J.A., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional están de acuerdo: la forma de cálculo de la base reguladora de las pensiones en supuestos de tiempo parcial no es discriminatoria (STJUE de 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13)”, *RTSS, CEF.*, abril 2015.

trabajador ha trabajado o ha estado inscrito en el sistema de seguridad social, para respetar el principio de proporcionalidad es necesario tener en cuenta sólo los días realmente trabajados”. Advierte el Tribunal que «aunque incumbe en última instancia al órgano jurisdiccional nacional apreciar si este objetivo es efectivamente el que persigue el legislador nacional, basta señalar que la medida nacional controvertida en el litigio principal no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo».

El Tribunal, recordando lo argumentado por la abogada general, concluye que «un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior que la de un trabajador a jornada completa que haya abonado las mismas cotizaciones», y «Por tanto, con respecto al primero de estos dos trabajadores, es manifiesto que no se garantiza la correlación alegada por el Gobierno español».

A continuación el TJUE sugiere apoyándose en «las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente», cuáles serían los factores que si se tuvieran en cuenta si permitirían «garantizar, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial vertical, las autoridades nacionales tuvieran en cuenta otros factores, como por ejemplo el período de tiempo durante el cual estos trabajadores y sus empresarios han cotizado, el importe total de las cotizaciones abonadas o el total de horas de trabajo», al ser factores que sí «se tienen en cuenta en lo que se refiere a todos los trabajadores cuya jornada de trabajo se estructura de manera horizontal, independientemente de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial».

En resumen, la norma que se considera vulnerada es la Directiva 79/7CEE. Respecto de ella, declara que el artículo 4, apartado 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 interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa.

4. EL PROYECTO DE REAL DECRETO. CONSIDERACIONES AL RESPECTO. UNA DE CAL Y UNA DE ARENA

4.1. Consideraciones generales

A la vista de la Sentencia, el Servicio Público de Empleo Estatal la Abogacía del Estado solicitó a la Abogacía del Estado informe sobre diversos aspectos relacionados con la aplicación de la Sentencia, entre ellos, la necesidad de modificar el Real Decreto 625/1985. Dicho Informe concluyó que era inevitable modificar el artículo 3.4 RD 625/1985 en lo relativo al cómputo del período de ocupación cotizada, ya que computar cada día trabajado como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la

jornada, y es precisamente lo que ha sido declarado contrario al ordenamiento comunitario mediante la Sentencia del TJUE³⁵.

Ante ello, el Gobierno presentó el 28 de enero de 2018 un borrador de Real Decreto en el que se modifica el cómputo del período de ocupación cotizada en el supuesto concreto de que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial en los que no se ha prestado servicio durante todos los días laborables del contrato, a efectos del acceso a las prestaciones por desempleo, determinación de su duración y, en su caso, de la cuantía.

No es una reforma que vaya más allá de lo exigido por la Sentencia, y lo hace equiparando trabajo a tiempo parcial en modalidad vertical y horizontal. El borrador va acompañado de una Memoria Abreviada del análisis de impacto normativo del Real Decreto por el que se modifica el RD 625/1985. En él se señala que «se estima que, en línea con el argumento central de la Sentencia, la mejor forma de garantizar que se aplica el mismo criterio para el cómputo de la ocupación cotizada a efectos de determinar el período mínimo exigible para el acceso a las prestaciones por desempleo o la duración de estas, con independencia de que el trabajo se haya realizado a tiempo parcial “horizontal” o “vertical”, consiste en hacer constar expresamente dicha circunstancia en el texto del artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985».

Con esta modificación lo que prima es el período asegurado, prescindiendo del número de días de trabajo efectivo (la duración del contrato, frente a la duración de la jornada), consiguiendo que haya un trato idéntico para el trabajo parcial horizontal o vertical. Es una igualación al alza, tomando como referente lo previamente aplicable a los trabajadores parciales horizontales, que insistimos es un régimen mucho más favorable que el que se aplica al cálculo de la vida laboral para las pensiones. El TJUE lo que demanda es la equiparación, equiparación que no podría haber supuesto un tratamiento peor que el de la situación precedente (siguiendo los principios del Derecho de la Unión). En este sentido, en el plano teórico se podría haber optado por una vía restrictiva, modificando el artículo 246 LGSS que señala que la base de cotización será siempre mensual en caso de trabajo parcial, y ampliando el campo objetivo del artículo 247 relativo al cómputo de los períodos de cotización, extendiéndolo al desempleo (derogando el artículo 3.4 RD 625/1985), reformas con las que se hubiera aplicado el régimen previsto ya para las demás prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial al desempleo. El Ministerio indica en la Ficha del Resumen Ejecutivo, en el apartado a “principales alternativas consideradas”, que “No existen alternativas”. Por tanto, no se plantearon otros escenarios, asumiendo que la equiparación con el trabajo parcial horizontal es la única opción (excluyendo tácitamente la restrictiva por el peligro de que fuese contraria al Derecho de la Unión). Pero no va más allá de esa problemática, desaprovechando la ocasión para introducir cambios que resolvieran otras

³⁵ El Informe de la Abogacía del Estado, emitido el 22 de noviembre de 2017, señala «no parece posible evitar la modificación de la norma reglamentaria mediante la aplicación al supuesto consultado del principio de interpretación conforme del derecho comunitario que permitiría, tomando en consideración los métodos interpretación acogidos en nuestro Derecho interno, alcanzar una solución que garantice la plena efectividad del Derecho de la Unión, ya que el artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985 es el que recoge expresamente que cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada, y es precisamente este cómputo el que ha sido declarado contrario al ordenamiento comunitario mediante la Sentencia del TJUE.».

disfunciones existentes para la modalidad horizontal, que en buena medida deriva de que se tome para su base reguladora el mismo período temporal que para el trabajo a tiempo completo (a diferencia de los demás subsidios de nuestro Sistema, que lo amplían).

Aparentemente, esa reforma podría parecer positiva (sobre todo comparando con las reglas que operan para el resto de prestaciones, en las que la vida cotizada se haya en proporción a la jornada). Sin embargo, el cálculo de la base reguladora en el desempleo de los trabajadores parciales de tipo horizontal se hace sobre los 180 últimos días naturales, lo cual supondrá un importante “hándicap” para la modalidad vertical (que hasta ahora usaba para el cálculo de la BR los últimos 180 días cotizados, permitiendo ampliar el período temporal a considerar por encima de los 180 días naturales. Ello se traducirá en que sus bases sean más reducidas, y en consecuencia los importes de su prestación también.

En efecto, el que no se corrijan las reglas negativas preexistentes (cálculo de la base reguladora) de la modalidad horizontal no es un tema ajeno a esta reforma. En efecto, al equipararse las dos modalidades, la vertical pasará a calcular su importe por esas reglas perniciosas, de modo que lo que consiguen estos trabajadores por un lado (mejor fórmula para el cálculo del período cotizado y la duración), lo van a perder por otro (peor fórmula para el cálculo de la cuantía).

Tan es así, que en la Memoria Abreviada del análisis de impacto normativo, a la hora de ponderar los efectos económicos de extender las reglas a los casos de parcialidad vertical, se concluye que “previsiblemente” va a tener un impacto económico «neutro», y eso porque aunque vaya a facilitar el acceso y aumentar la duración de la prestación, eso se compensa con una menor cuantía derivada de fijar en los últimos 180 días naturales el período que se usará para calcular la base reguladora (período que hasta ahora se ampliaba por encima de los días naturales poder considerar 180 días cotizados)³⁶. Y es que, como hemos expuesto anteriormente, en los supuestos de trabajo a tiempo parcial vertical, la base reguladora no se integraba por las cotizaciones de los 180 últimos días naturales, sino por 180 días cotizados dentro del período de ocupación cotizada (regla que podía dar lugar a que se sumasen las cotizaciones acreditadas en un período de 300 días).

Una reforma que viene obligada por existir discriminación indirecta por razón de género, se solventa equiparando formalmente las dos modalidades de trabajo a tiempo parcial, pero consciente de esa equiparación va a reducir la intensidad protectora de los que eran agraviados (los de la modalidad vertical), considerando que será “neutral” en lo económico, lo que explica la rapidez con la que se ha tramitado esta reforma, sin buscar otras alternativas a la propuesta. Si hay que equiparar, se equipara, para lo bueno y lo malo, parece pensar el Ministerio.

³⁶ En concreto, señala que son tres los efectos de esta reforma:

- «1.º Favorece el acceso a la prestación por desempleo o al subsidio por regulado en el artículo 274.3 LGSS al facilitar la acreditación del período mínimo de cotización exigible para obtener el derecho.
- 2.º Incrementa la duración de la prestación contributiva por desempleo al tener en cuenta como de ocupación cotizada los días en los que no ha habido prestación de servicios dentro de la vigencia del contrato de trabajo.
- 3.º Disminuye la base reguladora de la prestación calculada conforme a lo dispuesto en el artículo 270 LGSS ya que dicho indicador se obtiene de la cotización efectuada en los 180 últimos días tenidos en cuenta para el cálculo de la duración del derecho, que ahora se calcula sobre un período inferior.»

El Ministerio de Empleo afirma que dicha reforma será “neutral” en cuanto a su impacto económico, ya que las mejores condiciones que atribuye a los trabajadores a tiempo parcial “vertical” (a saber, más días como cotizados en orden al período de carencia y la duración), se verán compensados por una reducción de la cuantía de su desempleo. “Las que entran por las que salen”, como diría el pastor. Una de cal, y una de arena. Pero una reforma en tal sentido, en la que formalmente se equiparan a las modalidades horizontal y vertical del trabajo parcial, pero los términos de la equiparación hacen pierdan las reglas que adecuaban el cálculo de su base reguladora, frustra el sentido del Fallo de la STJUE de 9 de noviembre, que no era otro que el realizar un trabajo a tiempo parcial vertical no supusiera un perjuicio para quien lo presta frente al trabajo horizontal.

Hechas estas reflexiones generales, pasamos al análisis del texto presentado por el Ministerio, estudio que realizaremos diferenciando los dos párrafos del artículo 3.4 RD 625/1985 que modifica. Y haremos nuestras propias propuestas de cómo debería haberse reformado si no se hubiera quedado en una equiparación formal, sino sustancial, evitando que lo que se consigue por un lado se pierda por el otro.

4.2. Primer párrafo: para el cálculo del período de ocupación cotizada, no se estará a los días trabajados, sino a la duración del contrato

El artículo 3.4 RD 625/1985 dispone que «Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada».

Frente a ello, el borrador de Proyecto presentado (en lo que sería un primer párrafo del artículo 3.4 del RD 625/1985), proponiendo la siguiente redacción:

“4. Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computará el período correspondiente a la duración del contrato con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.”

Esta redacción debe ser valorada positivamente en lo relativo al acceso y a la duración de la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, porque el elemento determinante no será el número de días efectivamente trabajados (como ocurría hasta ahora con los de modalidad vertical –menos de cinco días semanales–), ni el número de horas que suman un día (como ocurría para las pensiones hasta agosto de 2013), ni el coeficiente de parcialidad (como ocurre ahora para las pensiones), sino que directamente se da por cotizado todo el período que comprende la relación laboral, toda la duración de su contrato. El período de ocupación cotizada abarcará toda la vigencia del contrato.

Solo tiene un inconveniente, como hemos adelantado, y son las consecuencias que dicha regla presentan respecto del cálculo de la base reguladora. Ello es así porque el artículo 270.1 LGSS indica que la BR será el promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos ciento ochenta días “del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior”,

que es el que habla del período de ocupación cotizada a efectos del acceso y duración. Pues bien, respecto de ello hay que hacer dos consideraciones críticas:

- Por un lado, que no se solventa la problemática que había con los trabajadores a tiempo parcial modalidad “horizontal”, relativa a que solo se examinaban los períodos de ocupación cotizada de los últimos 180 días, lo que podía acarrear minoración del importe para los casos de trabajadores que procedieran de un contrato a jornada completa, y en los últimos meses optaran por un contrato a tiempo parcial (ver el ejemplo expuesto en el apartado 1.3. La cuantía del desempleo en el trabajo a tiempo parcial horizontal).
- Por otro, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial modalidad “vertical”, ya que como su período de ocupación cotizada pasa a calcularse igual que los de modalidad “horizontal”, su base reguladora será la suma de lo cotizado en los últimos 180 días naturales. Antes de la reforma el período se ampliaba al extenderse hasta 180 días realmente cotizados. Pero como ahora se dan por cotizados los 180 últimos naturales (aunque realmente no se hayan cotizado), en ese corto espacio de tiempo es muy posible que las cotizaciones realizadas sean escasas, lo previsible es que los importes de las prestaciones se verán mermados considerablemente. Siempre quedará la red de seguridad de los importes mínimos del desempleo, pero recuérdese que ese importe se ajusta a la parcialidad del contrato³⁷ (a diferencia de lo que ocurre con las pensiones mínimas).

Por ello, consideramos que hubiera sido deseable la introducción de una regla que solvente ambos problemas conjuntamente. Así, proponemos que se posibilite optar por una base reguladora más amplia que la que le correspondería de 180 días (siguiendo la fórmula que se introdujo para la pensión de jubilación con la Ley 27/2011)³⁸, en el sentido de que el interesado puede ver calculada su base reguladora conforme a la regla que le resulte más favorable de las dos siguientes:

- Bien del promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 180 días naturales (regla general)
- Bien el promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 360 días naturales (que es el mínimo exigido, como se sabe, para acceder a la cobertura) (sería una regla especial a la que podrían recurrir este tipo de trabajadores si les fuese más beneficioso)

³⁷ El artículo 270.3 LGSS 2015 señala que «En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho periodo».

³⁸ Actual número 4 de la Disposición Transitoria Octava LGSS 2015.

Con ello:

- se introduciría un factor corrector de la parcialidad (al igual que ocurre con otros subsidios del sistema, que en caso de parcialidad amplían el período para el cálculo de la BR), adecuando las reglas a los trabajos a tiempo parcial, y en última instancia evitando que el trabajar a tiempo parcial tuviera efectos negativos en su protección social, dado que tales efectos negativos tienen una clara perspectiva de género, que es la filosofía del TJUE y del TC.
- se reforzaría el principio de contributividad en el sentido de ampliar el período a tener en cuenta, lo que permite que el importe de la prestación sea más fiel reflejo de lo cotizado en el último año, en la línea que sostiene el Pacto de Toledo.
- se conseguiría un trato igual para trabajadores a tiempo parcial con dedicación “horizontal” o “vertical”.

Esto exigiría una reforma, que diera a los siguientes preceptos la redacción que a continuación se indica (como propuesta *lege ferenda*):

- Artículo 248.1 d) LGSS: «La base reguladora de la prestación por desempleo se calculará conforme a lo previsto en el artículo 270»
- Artículo 270.1, párrafo 3º LGSS: «En el supuesto de que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial, para determinar los períodos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo, se obtendrá el promedio de la base por contingencias profesionales durante los últimos trescientos sesenta días, salvo que resulte más favorable la que hubiese correspondido de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero».
- Artículo 4 RD 625/1985 (añadiendo un nuevo número 4), que podría redactarse del modo siguiente «En el supuesto de que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial, para determinar los períodos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo, se obtendrá el promedio de la base por contingencias profesionales durante los últimos trescientos sesenta días o los últimos ciento ochenta, debiendo estar a la que le resulte más favorable».

4.3. Segundo párrafo: exclusión de los períodos de inactividad de los fijos discontinuos

Tras esa regla principal, se propone añadir un segundo párrafo en el que se aclara que lo anterior no será de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos, cuyos períodos de inactividad no podrán ser, en consecuencia, considerados como cotizados a efectos del desempleo. Así, señala:

“Se excluyen de dicho cómputo los períodos de inactividad productiva a los que se refiere el artículo 267.1.d) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.”

Recordemos que el artículo 267.1.d) LGSS señala que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores «Durante los periodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas». Por tanto, no solo se refiere a los fijos discontinuos regulados por el artículo 12 ETT, sino también a los del artículo 16 ETT (al que no se repita en fechas ciertas).

Al respecto, la Memoria Abreviada del análisis de impacto normativo indica que se trata de “los periodos que aun estando comprendidos dentro de la duración de un contrato a tiempo parcial no pueden ser computados”, añadiendo que “Es obvio que la consideración legal de dichos periodos como de desempleo impide que puedan contabilizarse como días de ocupación cotizada, máxime cuando durante los mismos pueden percibirse las prestaciones por desempleo”.

Ciertamente la situación de un trabajador fijo discontinuo es muy distinta –en lo que atañe a su aseguramiento– a la de alguien que preste servicios solo unos días a la semana o la de un trabajador que acumule la jornada en una parte del año (como puede ocurrir con un trabajador jubilado parcialmente)³⁹. En estos casos, se mantiene el alta durante toda la vigencia del contrato, y la cotización se liquida mensualmente, con independencia de que haya o no actividad⁴⁰. Sin embargo, en los fijos discontinuos solo se mantiene el alta y la cotización mientras hay actividad, pasando a la situación asimilada al alta durante la inactividad⁴¹, acreditándose la situación legal de desempleo presentando copia del contrato o de cualquier otro documento que acredite el carácter de la relación laboral y la comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la citada finalización o interrupción⁴².

Por tanto, es una exclusión que consideramos razonable, ya que sería un contrasentido considerar como “periodo de ocupación cotizada” un “periodo de inactividad sin cotización”, en el que de cara al desempleo se considerara cotizado, dando lugar a que generara derecho al desempleo por periodos temporales en los que no hay trabajo, y así de forma continua durante todo el año, hasta el punto de que se concatenarían de forma ilimitada prestaciones por desempleo.

³⁹ Sobre la problemática de tal acumulación en caso de que se realice en periodos superiores al año, nos remitimos a MALDONADO MOLINA, J.A., «La acumulación de la jornada del jubilado parcialmente», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 418, 2018.

⁴⁰ El artículo 65.3 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, fija reglas de prorrateo de la cotización para los supuestos de trabajo concentrado. La Orden de cotización anual desarrolla el artículo 65.3 RD 2064/1995, señalando que “la base de cotización se determinará al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año en que el trabajador se encuentre en dicha situación, computando el importe total de las remuneraciones que tenga derecho a percibir el trabajador a tiempo parcial en ese año”, y a continuación “el importe obtenido se prorrateará entre los doce meses del año o del periodo inferior de que se trate, determinándose de este modo la cuantía de la base de cotización correspondiente a cada uno de ellos, que no podrá ser inferior al importe de las bases mínimas establecidas para los trabajadores a tiempo parcial, y con independencia de que las remuneraciones se perciban íntegramente en los periodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo del año o periodo inferior respectivo”.

⁴¹ El artículo 2.2 del RD 625/1985 indica que se considera situación asimilada al alta a efectos del desempleo la falta de llamamiento de los fijos discontinuos, pasando a percibir la prestación por desempleo que les corresponda en caso de cumplir los requisitos exigidos.

⁴² Artículo 1.5 RD 625/1985.

Con la actual regulación, el trabajador fijo discontinuo que no sea llamado por el empleador, se encontraría en situación legal de desempleo, pudiendo solicitar la prestación en caso de reunir el período de carencia exigido (si lo estima conveniente, ya que es posible que opte por acumular períodos de ocupación cotizada para acceder a un futuro desempleo de mayor duración; o confiar en que los futuros contratos le permitan acreditar unas bases de cotización de importe mayor y así poder lucrar una prestación de importe más alto).

5. CONCLUSIONES

- El cómputo de los períodos cotizados para el desempleo generaba un trato desigual en las modalidades horizontal y vertical del trabajo a tiempo parcial, ya que al computar como cotizados solo los días de trabajo efectivo, aquellas personas que acumulaban horas de trabajo en menos días veían reconocida una menor carrera de seguro que los que distribuían las mismas horas en más días. Económicamente suponía un trato difícil de comprender, aunque podía encontrar sentido en el hecho de que con la figura del “período de carencia” lo que prevalece es el tiempo asegurado, y si éste equivalía con los de trabajo efectivo, era razonable que solo computaran los días efectivamente trabajados. Pero realmente no era así en todos los extremos, porque la situación de alta (que es lo que permite estimar un período como “asegurado”), se mantenía durante toda la vigencia del contrato; y las cotizaciones no se realizaban solo en atención a los días trabajados, sino mensualmente.
- Este contrasentido, unido a la perspectiva de género, ha dado lugar a que –nuevamente– una Cuestión Prejudicial ante el TJUE vuelva a forzar un cambio legislativo en nuestro país. Se recurre, una vez más, a la discriminación indirecta por motivo de género, y otra vez para los trabajadores a tiempo parcial, aunque en este caso en orden al desempleo. El TJUE no aprecia factor objetivo que justifique el trato diferencial entre los que prestan servicios parcialmente de tipo vertical con la horizontal, sin que pueda fundarse tal discriminación en el principio de contributividad. La estadística vuelve a ser el elemento determinante, de forma que en realidad la norma nacional preexistente no es objetivamente discriminatoria, sino subjetivamente, cuando el número de mujeres afectadas es relevante.
- El Gobierno ha acometido la reforma del cómputo del período de ocupación cotizada en orden al desempleo, eliminando la diferenciación entre las modalidades horizontal y vertical del trabajo parcial. Para ello se toma –en ambos casos– la duración del contrato, con independencia de la jornada y de los días de trabajo efectivo, de modo que se consideran como cotizados todo el tiempo de vigencia del contrato. Se calculará como se hacía para la modalidad horizontal del trabajo parcial. Aparentemente, eso es positivo (sobre todo comparando con las reglas que operan para el resto de prestaciones, en las que la vida cotizada se haya en proporción a la jornada). Sin embargo, el cálculo de la base reguladora en el desempleo de los trabajadores parciales de tipo horizontal se hace sobre los 180 últimos días naturales, lo cual supondrá un importante “hándicap” para la modalidad vertical (que hasta ahora usaba para el cálculo de la BR los últimos 180 días cotizados, permitiendo ampliar el período temporal a considerar por encima de los 180 días naturales. Ello se traducirá en que sus bases sean más reducidas, y en consecuencia los importes de su prestación también.

- El Ministerio de Empleo es plenamente consciente de esa circunstancia, abordando la reforma sin presiones económicas, afirmando que dicha reforma será “neutral” en cuanto a su impacto económico, ya que las mejores condiciones que atribuye a los trabajadores a tiempo parcial “vertical” (a saber, más días como cotizados en orden al período de carencia y la duración), se verán compensados por una reducción de la cuantía de su desempleo. “Las que entran por las que salen”, como diría el pastor. Una de cal, y una de arena.
- Una reforma en tal sentido, en la que formalmente se equiparan a las modalidades horizontal y vertical del trabajo parcial, pero los términos de la equiparación hacen pierdan las reglas que adecuaban el cálculo de su base reguladora, frustra el sentido del Fallo de la STJUE de 9 de noviembre, que no era otro que el realizar un trabajo a tiempo parcial vertical no supusiera un perjuicio para quien lo presta frente al trabajo horizontal.
- Por todo ello, proponemos una reforma alternativa, en la que se posibilite optar por una base reguladora más amplia que la que le correspondería de 180 días, en el sentido de que el interesado puede ver calculada su base reguladora conforme a la regla que le resulte más favorable de las dos siguientes: bien del promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 180 días naturales (regla general); bien el promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 360 días naturales (que es el mínimo exigido, como se sabe, para acceder a la cobertura)(sería una regla especial a la que podrían recurrir este tipo de trabajadores si les fuese más beneficioso).