

## El principio de igualdad de género *versus* el principio de contributividad en la protección por desempleo: una colisión inevitable en el trabajo a tiempo parcial

### Principle of gender equality versus principle of tax payment in unemployment protection: an inevitable clash in part-time work

MARÍA ANGUSTIAS BENITO BENITEZ

DOCTORA EN CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. PROFESORA SUSTITUTA INTERINA  
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

#### Resumen

La protección social de los trabajadores a tiempo parcial ha debido de afrontar el difícil acomodo de su regulación con el principio de proporcionalidad y de contributividad. Pero también, y dada la elevada feminización que caracteriza a las jornadas parciales en el mercado de trabajo español, con la prohibición de la discriminación por razón de sexo. El activismo judicial demuestra que, pese a la importante y más reciente reforma llevada a cabo en su formulación (Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social), se dejaba sin cerrar cuestiones relevantes. La última, la relativa al acceso y duración a las prestaciones por desempleo, sobre la que se ha pronunciado la STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto Espadas Recio (C-98/15).

#### Abstract

The social protection of part-time workers had to deal with the complex adaptation of its regulation and the principle of proportionality and tax payment. As well as, given the high level of feminisation of part-time work in Spanish labour market, the prohibition of gender discrimination. Judicial activism shows that, in spite of the important most recent reform of its formulation (Law 1/2014 of 28<sup>th</sup> February on the protection of part-time workers' rights and other urgent measures in the economic and social fields), relevant matters were left unresolved. The last one, which is referred to the access and length of unemployment benefits ruled by the judgment of the ECJ of 9<sup>th</sup> November 2017, case Espadas Recio (C-98/15).

#### Palabras clave

Seguridad Social; protección por desempleo; género

#### Keywords

Social security; unemployment protection; gender

### 1. GÉNERO Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: EL DIFUSO CAMINO HACIA LA IGUALDAD

Habiéndose cumplido recientemente una década de la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), tenemos la oportunidad de hacer un cierto balance de la situación en la que se encuentra el principio de igualdad de género en el sistema de Seguridad Social, un ámbito en el que por los específicos principios sobre los que se construye sigue siendo muy tortuoso perfilar la función que deba cumplir en el difícil e inalcanzable camino hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En la medida que las desigualdades se mantengan en el ámbito laboral, el sistema de Seguridad Social actuará como reflejo de la posición que ocupa las mujeres en el mercado de trabajo; pero no es menos cierto que debe superarse tal visión reduccionista, por no decir neutral, de la dimensión transversal de la igualdad de género, siendo necesario insistir, como

la propia evolución del ordenamiento social ha demostrado, que la Seguridad Social ha sido generadora *motu proprio* de tratamientos cuestionables desde la perspectiva de género. Esta última óptica constituye por tanto la “otra” vertiente que explica el posicionamiento actual de la mujer la Seguridad Social, erigiéndose el sistema como un ámbito específico en el que el género, en virtud de su proyección transversal, requiere de la activación de todas sus instituciones para lograr superar el enfoque sexista y neutral con el que fue construido.

Ha sido la evolución que ha experimentado la construcción dogmática del principio de igualdad lo que permite y exige reflexionar sobre cuál debe ser la actuación que deba adoptar el sistema. De un lado, porque el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades ha permitido identificar ámbitos en los que la actuación de la Seguridad Social resulta ineludible, pero a la vez ha demostrado la presunta incapacidad del mismo para adoptar de manera satisfactoria las medidas necesarias: así ocurre, entre otras materias, con la acción protectora ligada a los derechos de conciliación. Junto a lo anterior, la concurrencia de una dificultad para adoptar medidas de derecho desigual en atención al sexo en el ámbito de la Seguridad Social que vayan más allá de la justificación que permite atender a la diversidad biológica de la mujer, para considerar los roles de la mujer en la familia o en la sociedad. Cuando así lo ha hecho –por ejemplo, con el complemento por maternidad– los términos de su formulación hacen de imposible justificación su admisibilidad. De otro lado, y más conocida por derivar de la dimensión formal del principio de igualdad, se sitúa la renovación del ordenamiento social a través de la detección de discriminaciones indirectas que por su persistencia, nos invita a considerar que el sistema se configura como una fuente inagotable de detecciones de impactos adversos, y por ello a cuestionarnos sobre el compromiso adoptado por los poderes públicos. Y, entre las materias en las que ha sido constante la identificación de tratamientos discriminatorios pese a su carácter neutral, la regulación de la protección social del trabajo a tiempo parcial adquiere un protagonismo indiscutible, sin duda, por ser un exponente de la máxima intensidad que en ella adquiere la colisión entre los diversos y contrapuestos principios inspiradores de sistema.

El trabajo a tiempo parcial sigue constituyendo un elemento que incrementa la precariedad laboral en España, generando trabajadores que pueden ser considerados de segunda clase<sup>1</sup>. De esta forma la desigualdad laboral sigue avanzando, instaurándose como una característica estructural del mercado de trabajo: las coordenadas que la definen son el “trabajo a tiempo parcial, en sectores de los servicios de bajo valor añadido, prestados fundamentalmente por mujeres, en su mayoría jóvenes, que trabajan en empresas del sector privado de pequeño tamaño, con un contrato temporal, con mucha rotación y, por lo tanto, con carreras profesionales cortas”. Y, como consecuencia de esta precariedad laboral, tanto contractual como, especialmente, en el trabajo a tiempo parcial no deseado, las mujeres tienen un salario inferior: “trabajar a tiempo parcial es el principal factor para tener los salarios más bajos”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> “Las mujeres concentran en España las dos terceras partes del empleo a tiempo parcial. Sin embargo, en los dos últimos años se ha frenado la tendencia al alza que se registraba desde 2005: en 2016 el 24,4 % de las mujeres trabaja a tiempo parcial, siete décimas por debajo del nivel alcanzado en 2015 y relativamente cercano al 23,2 % de 2005”. Datos extraídos del informe *Situación de las mujeres en el mercado de trabajo, 2016*, Subdirección General de Análisis del Mercado de Trabajo, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, pp. 32.

<sup>2</sup> CCOO, *Un mercado de trabajo insuficiente y muy desequilibrado*, 2016, pp. 27 y 28.

Esta situación conlleva de manera paralela, y entre otros factores, a un peor posicionamiento en el sistema de protección por desempleo, originando que las mujeres desempleadas tengan un nivel de protección más bajo y de peor calidad. Constatándose un deterioro de la tasa de cobertura con carácter general, la debilidad del sistema de protección por desempleo es especialmente intensa tanto en cantidad como en calidad para las mujeres<sup>3</sup>, pues acceden en menor medida a las prestaciones contributivas y más a las asistenciales<sup>4</sup>.

Condicionada la verificación del impacto adverso a la constatación estadística de la afectación del tratamiento normativo, ha sido la acreditación de tal dato lo que ha permitido impulsar, a regañadientes, la reformulación de la protección social del trabajo a tiempo parcial. En definitiva, la constatación de la mayor afectación femenina de la medida es lo que ha obligado la actuación del legislador en esta materia. Formulación en la que tiene lugar una colisión de intereses, o más bien de principios: de un lado, el de contributividad y sostenibilidad, propio del sistema de Seguridad Social; de otro, el principio de proporcionalidad y de igualdad, *pro rata temporis*, específico del trabajo a tiempo parcial; y el principio de transversalidad de género. Siendo esta pugna, y el ansiado pero complejo equilibrio entre todos ellos, lo que se encontrará en la base de cualquier cuestión planteada en sede judicial. Y cuya premisa la constituye la doble penalización de la regulación, «doble proporcionalidad» que se instauraría desde sus orígenes, por la cual, la menor contribución al sistema, derivada a su vez de la inferior remuneración percibida a consecuencia de la realización de una jornada reducida, tendría sus efectos tanto en el cómputo del periodo de cotización requerido, a fin de acceder a las diversas prestaciones, como en el cálculo de las bases reguladoras. Tal tratamiento sería considerado desproporcionado y atentatorio al principio de igualdad –que debe regir entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial–, y a la prohibición de la discriminación por razón de sexo.

Dos son las resoluciones que a lo largo de su trayectoria han impulsado la reforma de la regulación social del trabajo a tiempo parcial, y en ellas, el principio de igualdad de género se erigirá como baluarte de su construcción jurídica. La primera, como sabemos, sería la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que declarararía la inconstitucionalidad de la normativa por entonces vigente. Sin embargo, desde el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad hasta su resolución, tendría lugar una modificación normativa sobre la que no se pronunciaría el Tribunal Constitucional, dejándola por ello vigente –nos referimos a la llevada a cabo por el RD-L 15/1998, de 27 de noviembre<sup>5</sup>–, considerándose por el legislador que con ella daba cumplimiento a la tacha de nulidad que derivaba de la sentencia. Reforma que llevaría a cabo la incorporación de ciertas alteraciones, por las cuales se vendrían a atenuar, que no eliminar, la «doble proporcionalidad». Por lo que, y pese a la mejora introducida, no se lograría sortear el cuestionamiento doctrinal de la regulación.

Tendría que transcurrir casi una década para obtener un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el cual, sin embargo, y pese a la base jurídica de la que ahora

<sup>3</sup> En el año 2017 se ha situado en 61.6 para los hombres, y 51.7 para las mujeres. Fuente: SEPE, noviembre de 2017.

<sup>4</sup> “La diferencia en la cuantía de la prestación contributiva -que depende del tiempo cotizado y del salario por el que se cotiza- refleja de forma concentrada todas las discriminaciones salariales que sufren las mujeres en el mercado de trabajo español”. CCOO, *Análisis gráfico. Recorte en la protección por desempleo en España*, 2015, p.10.

<sup>5</sup> RD-L 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad.

disponía –por supuesto nos referimos a la LOIEMH–, esperaría a la resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE sobre la misma materia<sup>6</sup>. En efecto, el Tribunal de Justicia se pronunciaría en la sentencia de 22 de noviembre del 2012, asunto Elbal Moreno, en la que declararía a la normativa española contraria a la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, establecida en el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978. Emitida tal resolución, el Tribunal Constitucional se pronunciaría en la sentencia 61/2013, de 14 de marzo, declarando la inconstitucionalidad de la regulación.

Tras estas resoluciones, el legislador abordaría la reforma de la disposición adicional séptima LGSS de 1994. La modificación llegaría con el Real Decreto-ley 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 –posteriormente convertida en la Ley 1/2014, de 28 de febrero–, que vino a introducir sendas innovaciones en la regulación. En primer lugar, se decide no abandonar la proporcionalidad en los periodos de carencia, pero para su cómputo se utilizaría instrumentos que permitieran determinar, con exquisito respeto a la igualdad, los días cotizados por el sujeto, procediendo a una adaptación de la carencia requerida en función de la proporcionalidad mantenida por el trabajador –se crea el «coeficiente global de parcialidad»–, adaptación que supone la apertura al sistema de quienes antes quedaban expulsados (artículo 247 LGSS). En segundo lugar, el cálculo de la base reguladora se rige por la proporcionalidad que marca las propias remuneraciones mantenidas por el trabajador, determinándose el porcentaje aplicable a las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente conforme a la escala general a que se refiere el artículo 210.1 LGSS, si bien se estableció un incremento de los días considerados cotizados consistente en multiplicar tales días acreditados de conformidad con las reglas introducidas en un 1,5, siempre que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial (artículo 248 LGSS). En tercer lugar, dado que el acceso será posible para aquellos que no acrediten el mínimo de carencia –15 años–, pese a la aplicación del beneficio anterior, necesarios para acceder al primer porcentaje aplicable a la base reguladora –esto es, el 50 %–, se establece que en tales supuestos, el coeficiente a aplicar *“sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el periodo de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años”* (artículo 248.3.º LGSS). Por lo que será posible que el porcentaje a aplicar sea inferior al 50 %.

Lo cierto es que el acceso a la pensión quedó garantizado, y ello sin objeciones desde el principio de igualdad, y dado que se decidió que la proporcionalidad no repercute en el reconocimiento de los complementos por mínimos, la cuantía mínima quedó garantizada (eso sí, en los términos en los que quedaron configurados por la reforma de las pensiones), lo que resulta trascendental en cuanto que la solidaridad del sistema no resulta mermada, terreno cuya virtualidad resulta esencial desde la dimensión de género –dada la feminización presente en su disfrute–. No obstante, y como bien indica la doctrina especializada bien pudo el legislador *“acometer una regulación menos cicatera y que, de una vez por todas, acabase de raíz con las dudas desde la óptica de la igualdad”*<sup>7</sup>. Lo anterior, además, porque dada la centralidad con la que se abordó la reforma, anudada al supuesto objeto de debate en las resoluciones que la impulsaron, las medidas adoptadas se focalizaron en las reglas relativas a

<sup>6</sup> Cuestión prejudicial planteada por el Auto del JS de Barcelona de 4 de julio de 2011.

<sup>7</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el RDLEY 11/2013, de 2 de agosto”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2013.

las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, si bien, dejando pendiente algunos tratamientos cuestionables, como la configuración de la integración de lagunas o, la que nos ocupa en este trabajo, la regulación de determinados elementos en la protección por desempleo. Cuestiones que siendo postergadas por el legislador en tal momento, han sido desde entonces diana de críticas doctrinales y pronunciamientos judiciales, de mayor o menor éxito.

## 2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

### 2.1. El periodo de carencia: el nudo gordiano para la proporcionalidad y la contributividad del sistema

El debate sobre la normativa de la protección social del trabajo a tiempo parcial pivota sobre la función que debe atribuirse a la carencia como requisito de acceso a las prestaciones de lo que deriva, en definitiva, el significado y alcance del principio de proporcionalidad como uno de los aspectos de la igualdad, pero también de la contributividad del sistema. Abordar una reforma respetuosa con la igualdad en todas sus dimensiones, exige profundizar sobre el significado de la carencia en el sistema de Seguridad Social, pues de ello dependerá la defensa en la aplicación y alcance de la proporcionalidad sobre este requisito. Diversas posiciones son defendidas en esta disyuntiva, ambas giran en torno a la funcionalidad que cumple tal elemento: de un lado, expresiva de la defensa de la proporcionalidad contributiva, el periodo de carencia no sería, en su sentido más simplista, un tiempo de permanencia en el sistema, sino que cumpliría una función de cómputo de la carga contributiva como tiempo cotizado, “*en donde el tiempo es índice del quantum de la cotización, valor, a su vez, indicativo de la contribución al sistema*”<sup>8</sup>; de otro, quienes consideran que el periodo de carencia es un requisito contributivo/profesional, pero que el mismo no está constituido, –salvo para el trabajo a tiempo parcial–, por reglas de proporcionalidad<sup>9</sup>.

Sin embargo las resoluciones hasta ahora adoptadas han eludido un posicionamiento claro y contundente sobre este requisito<sup>10</sup>. Ciertamente consideramos que ello ha ocasionado un debilitamiento en el rechazo de la doble proporcionalidad, en especial, en los últimos pronunciamientos, pues en ellos, parece instaurarse la admisibilidad de la proporcionalidad

<sup>8</sup> Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas en el voto particular a la STC 253/2004, de 22 de diciembre.

<sup>9</sup> VICENTE PALACIO recuerda que en el sistema de Seguridad Social son muchas las excepciones y matizaciones a los principios de contributividad y proporcionalidad, así plantea: “¿Acaso se exige o aplica regla de proporcionalidad alguna respecto de un trabajador a tiempo completo cuya jornada anual convencional es inferior a la jornada máxima legal? ¿Acaso la cotización por pagas extraordinarias adicionales a las legales obligatorias se computa proporcionalmente para el cómputo del periodo de carencia, reduciendo este? ¿Acaso se exige, tras el agotamiento de una IT y para el reconocimiento de otra posterior, el trabajo y la cotización posterior durante seis meses después del alta? ¿Acaso, en materia de desempleo, los tramos de carencia que determinan la duración de la prestación no pierden la proporcionalidad a partir del inicio de cada tramo?”, en “Trabajo a tiempo parcial y determinación del periodo de carencia para el acceso a la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de jubilación. Comentario a las sentencias del tribunal constitucional 253/2004, 49/2005 y 50/2005”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.9, 2005.

<sup>10</sup> RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto”, *Relaciones Laborales*, núm.10, 2013.

para el cómputo de los periodos de carencia si la formulación de la misma no origina efectos gravosos y desproporcionados. Resquicio jurídico que sería utilizado por el legislador en la labor de colmar el vacío normativo originado, poniéndose de manifiesto que en la solución a adoptar debía de sopesarse la influencia del sistema cotizatorio y el impacto económico que de ello derivaría.

La solución que se alcanzaría para las pensiones de incapacidad permanente y jubilación optaría, entre todas las alternativas planteadas por la doctrina<sup>11</sup>, por modular el periodo cotizado por los trabajadores a tiempo parcial en función de su jornada. Para ello se introduce la aplicación de instrumentos que permiten calcular la parcialidad del trabajador a lo largo de su carrera profesional, adquiriendo un protagonismo absoluto en la medida que el resultado arrojado determinará la carencia que será exigida a cada trabajador, personalizándose un requisito hasta ahora genérico para todos los potenciales beneficiarios. Estos mecanismos son coeficientes que calculan, uno la parcialidad en relación con cada contrato de trabajo a tiempo parcial (coeficiente de parcialidad), y el otro la parcialidad en relación con toda la vida laboral (coeficiente global de parcialidad). La innovación del RD-L 11/2013, de 2 de agosto, consistió en configurar una proporcionalidad que no ocasionara efectos desproporcionados, y para lograrlo la carencia exigida se modula, adaptándose a la parcialidad del sujeto, de forma que cada potencial beneficiario deberá acreditar una carencia que resulta personalizada. Tratamiento individualizado que alcanza a la carencia específica para la que, igualmente, se ha previsto la aplicación del coeficiente global de parcialidad, de manera que, cuando se exija que *“parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible”*.

Este resultado ha llevado a puntualizar que, ciertamente, idéntico resultado se hubiera conseguido, incluso con un coste de gestión inferior, si se hubiese procedido a aplicar la regla que rige para los trabajadores a tiempo completo, según la cual se consideran como días cotizados aquellos en los que se haya mantenido en situación de alta en el sistema, esto es, todos los que transcurren estando vigente la relación laboral, con independencia de la reducción de jornada afectante, y de su distribución en el tiempo<sup>12</sup>. Siendo cierto el efecto, debemos de ser prudentes en las argumentaciones, pues la exclusión por el legislador de la fórmula aplicada a los trabajadores a tiempo completo, le permitirá invocar una justificación jurídica basada, de nuevo, en la proporcionalidad, pero que con la actual regulación, como hemos adelantado, parece formularse respetando los principios de igualdad y no discriminación por razón de

<sup>11</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO identificaba hasta seis posibilidades: (1) equivalencia entre días trabajados como días cotizados; (2) computar los periodos de vinculación contractual, con independencia de los días y horas trabajados; (3) considerar cada hora trabajada como hora cotizada, estudiando un sistema que ampliara el coeficiente y que, además, tomara como referencia para el cómputo de los días teóricos de cotización no la jornada máxima legal, sino la jornada «habitual» en la actividad de que se trate; (4) aplicar la proporcionalidad también a los periodos de carencia requeridos, es decir, exigir unos periodos de carencia proporcionales a la parcialidad del contrato; (5) arbitrar una forma propia de computar la cotización de los trabajadores a tiempo parcial que no se basara exclusivamente en el cómputo del tiempo de trabajo, sino en el valor de lo aportado a lo largo de la carrera asegurativa; (6) excluir del sistema al trabajo marginal o reducir su protección, en, “La compleja protección social de los trabajadores a tiempo parcial: los efectos explosivos e inciertos de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (As. Elbal Moreno), *Revista de Derecho Europeo*, núm.47, 2013, pp. 81-86.

<sup>12</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial...”, *op.cit.* y FERNÁNDEZ PROL, F., “Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los periodos carenciales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, p.102.

sexo<sup>13</sup>. Y es que la misma permitiría al legislador mantener la conexión funcional en los dos planos en disputa, estos son, el período de cotización y el cálculo de las bases reguladoras a los efectos de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, es decir, para la determinación del porcentaje aplicable. En efecto, la proporcionalidad aplicada en ambos ámbitos permite tal conexión, esta es, en el cálculo de la cuantía de la pensión, concretamente, en la determinación del porcentaje que resultará aplicable a la base reguladora, para lo cual se tomarán los días cotizados resultantes de las operaciones llevadas a cabo en el cómputo del periodo de carencia, y que podrán ser inferiores a los días que hubiera estado el contrato laboral vigente. Difícilmente se hubiese admitido que la asimilación plena con los trabajadores a tiempo completo («día en alta-día cotizado») en el periodo de carencia no tuviese igualmente proyección en la concreción del porcentaje a aplicar en la base reguladora. Lo que por otro lado, y de seguro con mayor peso en tal decisión, acentuaría el coste económico que esta reforma ha supuesto para el sistema; o, dicho de otro modo, a través de esta vía ha podido el legislador contener el impacto económico.

En definitiva, se lograría sortear la vulneración del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación sexista, pues debemos entender que se acomoda a la doctrina emanada del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional. No obstante, bien hubiese podido adoptar el legislador un posicionamiento que, de una vez por todas, hubiese plasmado la voluntad de equiparar la protección social de ambas categorías de trabajadores, pues cabe mencionar que, ciertamente, podría haber extendido a las jornadas parciales las reglas de cómputo previstas para el trabajo a tiempo completo. Esta hubiese sido la fórmula más atractiva si, en términos genéricos se pretendía impulsar el trabajo a tiempo parcial, y en particular, como modalidad que permite hacer efectivo la conciliación de la vida laboral y familiar.

Sin embargo, advertido el carácter parcelado de la reforma, quedarían cuestiones sin cerrar, específicamente, para el modelo de protección por desempleo. En efecto, la subsistencia de la regulación ofrecida por el RD-L 15/1998, de 27 de noviembre, pese a las dudas suscitadas tras la STC 253/2004, de 22 de diciembre, supondría, a los efectos de la determinación de los períodos de carencia para acceder a la protección por desempleo, la vigencia de la redacción de la DA séptima LGSS de 1994, cuya regla cuarta se remitía a lo que determinara reglamentariamente la normativa específica. Remisión que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de noviembre de 2010, consideró realizada al artículo 3.4 del RD 625/1985, de 2 de abril, que establecía la regla especial de «día trabajado-día cotizado», cualquiera que haya sido la jornada, esto es, que debía de atenderse al número de días trabajados con independencia del volumen de la jornada, ya sea esta diaria o semanal. Este tratamiento se mantendría inalterado tras la STC 61/2013, de 14 de marzo, y la posterior reforma llevada a cabo que nuevamente reiteraría 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”*. Con el nuevo Texto Refundido de la LGSS, el artículo 245.1 dispone que la protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá *“específicamente por lo establecido en este capítulo y en los artículos 269.2 y 270.1 con relación a la protección por desempleo”*, lo que

<sup>13</sup> Así lo consideran, entre otros, CABEZA PEREIRO, J.C., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2014, p.965, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Protección social del trabajo a tiempo parcial...”, *op.cit.*; y FERNÁNDEZ PROL, F., “Trabajadores a tiempo parcial y protección social...”, *op.cit.*, p.107.

a la postre supondrá que para la determinación del periodo de ocupación cotizada y el cálculo de la base reguladora respectivamente, a lo dispuesto en la normativa reglamentaria de desarrollo, por lo que en sustancia implicaría dejar intacto lo comentado previamente.

La regla que resulte de aplicación a los periodos de cotización, a fin de lucrar la prestación de desempleo, deviene trascendental en la medida en que aquellos construyen no sólo el requisito de acceso, sino que también modularán la intensidad de la misma, en la medida que tiene proyección en la determinación de la duración del disfrute de la prestación. Cuestión que no resulta baladí para las arcas del sistema, porque en definitiva implicará dilatar temporalmente su percibo, lo que se traduce de este modo en un montante final mayor de la cuantía percibida por el beneficiario. Siendo tres las dimensiones esenciales concurrentes en la prestación por desempleo –acceso, duración y cuantía–, la regulación objeto de análisis afecta al acceso y la duración, siendo ésta última la que singulariza ciertamente a esta prestación por desempleo, al menos, respecto de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente que, como hemos tenido ocasión de incidir, han centralizado el debate hasta entonces.

El sostenimiento de esta regla tras el pronunciamiento judicial del 2004 y, posteriormente en 2013, ha generado que correlativamente se intensifique el cuestionamiento de la misma, más aún, ante la promoción del empleo parcial. La regla fijada en el artículo 3.4 RD 625/1985, de 2 de abril, –“*cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada*”–, seguía ignorando el impacto que la misma genera en aquellos trabajadores a tiempo parcial con una distribución ‘vertical’ de su jornada de trabajo. El agravio comparativo ocasiona que estos trabajadores tengan mayores dificultades para acceder a la prestación por desempleo y al subsidio por desempleo cuando su disfrute requiere haber agotado una prestación del nivel contributivo o acreditar un período de cotización; lo que se intensifica si tenemos en cuenta que, al no establecerse regla alguna sobre el plazo en el que debe de reunirse el período mínimo de cotización, se debe proceder a aplicar las reglas generales<sup>14</sup>.

Y comoquiera de la insatisfactoria redacción, por la doctrina científica y judicial no se ha dejado de insistir en la vulneración que tal redacción ocasiona y en la imperiosidad de abordar su reformulación, lo que llevó al Juzgado de lo Social nº33 de Barcelona a plantear una cuestión prejudicial<sup>15</sup> que sería resuelta por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 9 de noviembre de 2017, asunto Espadas Recio (C-98/15).

## **2.2. La actuación de la Seguridad Social en igualdad de género: su virtualidad en la protección por desempleo**

Hemos señalado que la propia articulación jurídica del sistema sigue presentando instituciones neutrales al género y, asimismo, que dada la evolución dogmática del principio de igualdad, resulta exigible la adopción de medidas (por ello, no sólo en el ámbito laboral, sino también en la Seguridad Social) que vayan dirigidas al alcance de la igualdad de oportunidades. Por lo que respecta a la protección por desempleo, podemos afirmar que las

<sup>14</sup> ROQUETA BUJ, R., “La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm 174, 2015, p. 56.

<sup>15</sup> Cuestión prejudicial planteada por el Auto del JS de Barcelona de 6 de febrero de 2015.

medidas adoptadas se caracterizan por una insatisfactoria formulación debido a su su deficiente contenido.

En efecto, por su importancia, nos referimos en primer lugar, a las actualmente dirigidas, expresamente por la LGSS, a la “*protección de la familia*”, especialmente nos referimos a la cobertura cotizatoria prevista en el artículo 237 LGSS ligada al ejercicio de los derechos de conciliación consistentes en la reducción de la jornada y las excedencias. Por lo que respecta a esta última, los apartados primero y segundo del precepto mencionado cubre la laguna ocasionada por la totalidad del disfrute de la excedencia por razón del cuidado de cada hijo o menor, limitándose al primer año cuando el motivo del disfrute sea el cuidado de otros familiares. En ambos supuestos, la virtualidad de la medida se extiende “*a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad*”. Por lo que respecta a las reducciones de jornadas: durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor de doce años y durante el primer año del período de reducción de jornada por cuidado de una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida o para el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida, las cotizaciones se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las mismas prestaciones mencionadas para los supuestos de excedencias; en los supuestos de reducción de jornada para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, las cotizaciones realizadas durante todo el periodo de reducción se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal. Como podemos observar, la protección por desempleo queda excluida del ámbito objetivo de tales medidas.

La falta de reconocimiento de los cuidados se pone igualmente de manifiesto en la atención de las personas dependientes a través del Sistema de Dependencia. No olvidemos que en la creación de tal sistema, se adoptó como compromiso la valoración del trabajo realizado por las cuidadoras familiares. Una reivindicación social que reclamaba la cobertura social de las personas que dispensan cuidados tradicionalmente marginadas en este sentido, y en la que la transversalidad de género constituyó la base jurídica para su impulso dado el impacto que tal situación ocasionaba en las mujeres. La medida adoptada consistiría en la integración de tales cuidadoras no profesionales en el sistema de Seguridad Social a través de la suscripción de un convenio especial que, con el objetivo de impulsar el afloramiento de estos trabajos, se exoneraría de la obligación de cotizar a la Seguridad Social. Que, sin embargo, y por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, pasó a tener carácter voluntario debiendo asumir las cotizaciones a la Seguridad Social el suscriptor del mismo. No obstante, y pese a tal retroceso, debemos indicar que la protección por desempleo quedaría excluida desde los inicios de su creación de la acción protectora generada por tal convenio especial –“*la situación de asimilación al alta a que se refiere el artículo anterior será a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su*

*naturaleza*<sup>16</sup>—, quedando desprotegida la situación de estas mujeres, por ejemplo, tras el fallecimiento de la persona dependiente. Con ciertas cautelas, podría decirse que la prestación en favor de familiares, prevista en el artículo 226. 2 LGSS, vendría a proteger en cierto modo, la situación de desempleo de quién se hubiese dedicado a los cuidados de un familiar durante un largo periodo de tiempo. Sin embargo, y pese a lo anterior, la crítica se sitúa, entre otros aspectos, en que su reconocimiento se somete a la previa contribución en el sistema del causante, trasladando aquí la dinámica de la pensión de viudedad por lo que, nuevamente, estaríamos ante derechos derivados y no de titularidad propia.

Y es que dejando al margen la protección otorgada a las víctimas de violencia de género<sup>17</sup>, el sistema de Seguridad Social parece haber decidido enfocar su compromiso por la igualdad en la adopción de medidas que impulse el acceso de las mujeres a las pensiones de jubilación, así como incrementar tales cuantías. No hay duda, que las más recientes indicaciones comunitarias han puesto énfasis en la brecha de género existente en las pensiones<sup>18</sup>, lo que podemos presuponer que se encuentra en el trasfondo de las últimas y más innovadoras actuaciones del legislador social. Nos referimos a los beneficios por cuidado de hijos o menores previstos en el artículo 236 LGSS, o al más reciente, y controvertido, complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Sin embargo, por lo que respecta a la protección por desempleo el legislador se manifiesta impasible, retrocediendo incluso en la senda avanzada: no podemos pasar por alto que se derogaría<sup>19</sup> la reforma introducida por la LOIEMH por la que impondría el disfrute inalterable de la cuantía del subsidio asistencial por desempleo con independencia de la jornada previa o, la exclusión de las empleadas del hogar de esta acción protectora.

### 3. LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: EL ISLOTE PENDIENTE

#### 3.1. El tribunal de justicia en la protección social del trabajo a tiempo parcial

Como hemos explicado anteriormente, la evolución que ha experimentado el principio de igualdad ha permitido, entre otras cosas, una mejor inteligibilidad y aplicabilidad de las construcciones dogmáticas sobre el mismo.

Por lo que respecta al trabajo a tiempo parcial su consideración como trabajo atípico ha llevado a afirmar que en sí mismo constituye una causa de discriminación, pero además “puede operar como circunstancia interpuesta en la estructura característica de la discriminación sexista indirecta”<sup>20</sup>. Se trata de un fenómeno discriminatorio específico en el que concurren diversas causas discriminatorias: en el trabajo atípico estamos ante una misma

<sup>16</sup> Artículo 3 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

<sup>17</sup> Nos referimos a la consideración de la suspensión y de la extinción del contrato como situación legal de desempleo en el artículos 267.1.a).5º y 267.1.b).2º LGSS.

<sup>18</sup> Consejo de la Unión Europea, Igualdad de oportunidades de ingresos para los hombres y las mujeres: reducir la brecha de género de las pensiones, Bruselas, 19 de junio de 2015.

<sup>19</sup> Con el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, la cuantía del subsidio por desempleo en caso de pérdida de un trabajo a tiempo parcial, se percibirá “en proporción a las horas previamente trabajadas”.

<sup>20</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 253 y 254.

causa discriminatoria susceptible de aplicar dos tutelas antidiscriminatorias. Dándose tal concurso, lo trascendental será incidir en la importancia de lograr la aplicación de todas y cada una de tales tutelas antidiscriminatorias a fin de lograr una más completa argumentación de la vulneración ocasionada a fin de garantizar la protección exigida.

Y para lograrlo, no podemos sino destacar la importancia de la normativa comunitaria, y en especial, la labor del Tribunal de Justicia que, sin embargo, y a pesar de la anterior afirmación, se diluye por la propia articulación del sistema comunitario. De un lado, porque aun disponiendo de herramientas normativas desde ambas perspectivas, la delimitación objetiva de cada una de ellas, motivada por distribución de competencias subyacente a ello, ha provocado que las construcciones jurisprudenciales alcanzadas en torno al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial<sup>21</sup> no sean aplicables a cuestiones relativas a la Seguridad Social de los Estados miembros. Interesa destacar a la STJUE de 10 de junio de 2010, asunto Bruno y Pettini, en la que se declaró el trato peyorativo que ocasionaba la normativa nacional italiana en la que para el cálculo de la antigüedad necesaria para la adquisición de una pensión de jubilación no se tomaba en consideración los periodos no trabajados, lo que afecta a aquellos trabajadores contratados a tiempo parcial ‘vertical’ –en el supuesto, se trataba del personal de cabina en los que se apreciaba una tradicional presencia femenina– pues implicaba una diferencia de tratamiento respecto de los trabajadores a tiempo parcial ‘horizontal’. En esta ocasión sí resultó de aplicación el Acuerdo Marco dado que se consideró que la pensión abonada entraba dentro del concepto de «condición de empleo», no acudiéndose por ello a someter el supuesto al análisis de la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres. Sin embargo, el Tribunal de Justicia se mantiene firme, sin extrapolar tal construcción a los supuestos posteriormente analizados en los que pese a su identidad, defendería que las medidas analizadas se integran en un sistema público –el español, por lo que nos interesa– de Seguridad Social, no tratándose por ello de una condición de empleo. Consideramos acertada la exclusión del Acuerdo Marco a todos estos supuestos, pero lo que no nos resulta admisible es que tal inaplicación le permita obviar plenamente la absoluta identidad entre las pensiones de jubilación discutidas en ambos supuestos<sup>22</sup>. Y es la imposibilidad de este transvase lo que hace diluir la solidez de las resoluciones, pues el debate pierde una valiosa argumentación, quedando reducido a la detección de la discriminación indirecta por razón de sexo que, sin cuestionar la trascendencia de la misma, su centralidad en la acreditación estadística del impacto adverso

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> LOUSADA AROCHENA afirmaba que “el legislador español, que no se dio por aludido con la Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional, se encuentra –y ello incluso al margen de si, en cada caso concreto, la pensión de que se trate se pueda considerar condición de empleo, o no– deslegitimado argumentalmente, desde la Sentencia de 10 de junio de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para el mantenimiento, no solo del cómputo rárano de los periodos de carencia, sino para toda forma de infraprotección del trabajo a tiempo parcial que opera como obstáculo legal para su fomento”, en “Tiempo parcial y periodos de carencia (a propósito de la STJUE de 10 de junio de 2010)”, *Aranzadi Social*, 2010. En similar sentido GÓMEZ GORDILLO considera que “lo que desde el punto de vista técnico jurídico puede resultar menos admisible es que la negativa a aplicar al caso *Elbal Moreno* las normas del Acuerdo Marco se justifique a partir de la doctrina contenida en la resolución del asunto *Bruno*, pues tales argumentos deberían conducir en la dirección opuesta por tratarse de supuestos sustancialmente iguales”, en “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47, 2014, p.165.

parece eximir de un análisis más cualitativo a la medida cuestionada, de su finalidad en encuadre genérico de sistema, y de los principios que la inspiran.

En efecto, la posible detección de la discriminación indirecta queda reducida a la acreditación de la vulneración 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. De otro lado, aún centralizada en ésta última, para la apreciación de la discriminación indirecta el Tribunal ha exigido la concurrencia de dos requisitos. De un lado, la afectación predominante a los trabajadores de un determinado sexo, lo que conocida como «la prueba estadística», que no exenta de controversias<sup>23</sup>, permite la aportación de datos cuantitativos que sirven de base para apreciar indicios de existencia de discriminaciones indirectas, desdeñándose cualquier análisis cualitativo sobre la naturaleza de la desventaja en base a la cual acreditar el impacto adverso. De otro lado exigiendo que la norma que da lugar a diferencias de trato o las perpetúa, no se encuentre objetivamente justificada y, además, que no se trate de una medida idónea y necesaria para conseguir un fin legítimo. De modo que si el dato estadístico revela que una proporción muy elevada de personas pertenecientes a un determinado sexo está siendo perjudicada por la norma, se podrá deducir que la misma genera una discriminación indirecta, recayendo sobre el Estado miembro del que procede la norma, probar la inexistencia de la discriminación aportando una justificación objetiva y razonable de la admisibilidad de la medida controvertida.

Ha sido, como decimos, el recurso a la prueba estadística sobre lo que ha pivotado las resoluciones del Tribunal de Justicia cuando somete la norma nacional a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, adquiriendo un protagonismo indiscutible cuando se trata de cuestiones relativas a la protección social del trabajo a tiempo parcial. Convirtiéndose en sus últimos pronunciamientos en objeto de especial atención como consecuencia de la alteración en su utilización.

Si hemos mencionado que tras la reforma del 2013 tendría lugar actuaciones judiciales en los que se debatiría determinados elementos de la protección social del trabajo a tiempo parcial que se mantuvieron inalterados, en ellas y por lo que respecta a las resoluciones del Tribunal de Justicia tendría lugar un giro en la utilización de la prueba estadística que implicaría un endurecimiento en su aplicación. En primer lugar, se sometería el mecanismo de integración de lagunas regulado en el artículo 248.2 LGSS que dispone que *“la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”*. Al respecto el artículo 7, apartado 2, del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, dispone que *“en relación con las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, derivadas estas últimas de enfermedad común o de accidente no laboral, la integración de los períodos durante los que*

---

<sup>23</sup> Siguiendo a QUINTANILLA NAVARRO, dos son las cuestiones problemáticas en relación a la utilización de la «prueba estadística»: de un lado, la determinación de los ámbitos sobre los que calcular los datos, es decir, si se debe determinar con carácter grupal, empresarial, nacional, internacional; y, de otro cómo cuantificar el impacto desproporcionado, es decir, cuánta diferencia debe haber para que la misma pueda ser admitida como indicio de la existencia de discriminación. En, QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, 1996, p.111-122.

*no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar”.*

Sobre esta materia se pronunciarían el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional, actuando en primer lugar el órgano nacional. El Tribunal Constitucional con la sentencia 156/2014, de 25 de septiembre, salvaría la legitimidad del precepto acudiendo a una argumentación altamente discutible, que le permitiría superar la tacha de discriminación sexista. Las expectativas desplegadas en base a las resoluciones precedentes fueron destruidas, al acudir a un argumento que nos parece rechazable en base a la doctrina asentada por el propio Tribunal: en el supuesto objeto de debate, el demandante no pertenecía al colectivo discriminado al tratarse de un varón. Se aparta con ello de la defensa alegada por el Tribunal Supremo que consideraba que la norma, aunque en apariencia neutra, podría situar a las mujeres en una posición desventajosa a la hora de calcular el importe de sus pensiones. Superada la tacha de discriminación sexista, para el Tribunal Constitucional, la configuración de este mecanismo se justificaba, además, en el principio de contributividad que informa nuestro sistema de Seguridad Social, el cual implica que *“debe existir una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por los trabajadores”*, lo que fundamenta la decisión del legislador de *“tener en cuenta las contribuciones efectivamente aportadas en el momento anterior a la laguna, utilizando así una fórmula que responde a criterios de contributividad”*. Y, aunque *“es cierto que podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores reconociendo así el carácter asistencial o no contributivo de la ficción legal creada [...] no corresponde a este Tribunal determinar si resulta más justo”*. Rechazamos tal argumentación, pues si debemos resolver si la medida se encuentra basada en *“criterios razonables de proporcionalidad fundamentados en una lógica contributiva”*<sup>24</sup>, la regla que utiliza –recordamos, en función *“al número de horas contratadas en último término”*– no responde satisfactoriamente al esfuerzo contributivo realizado por los trabajadores (ya sean a tiempo completo o parcial) potencialmente beneficiarios de la aplicación de la integración de medidas. Ocasiona por ello un desigual tratamiento que carece de una justificación objetiva y razonable<sup>25</sup>.

Quedaba entonces aguardar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia. El tenor de la sentencia dictada en el asunto Elbal Moreno, y las conclusiones que emitiría el abogado general sobre el asunto sometido a enjuiciamiento, hacían presagiar un cambio en la doctrina mantenida al respecto por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, se desvanecería toda expectativa con la STJUE de 14 de abril del 2015, asunto Cachaldora Fernández (C-527/13). El Tribunal de Justicia procede al endurecimiento del único instrumento que hasta ahora –y salvo error– permite la acreditación del impacto adverso, en la prueba estadística. No es suficiente para el Tribunal la mayor presencia de mujeres en el empleo parcial para acreditar que la norma genera un impacto desfavorable, sino que es exigible, a su juicio, además, la acreditación de que el elemento discutido repercute, en efecto, en una mayor proporción al colectivo femenino, y ello en base a que el mismo no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuya jornada anterior a la existencia de laguna

<sup>24</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., y, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, Tecnos, 2016, p.161.

<sup>25</sup> Como mantiene el voto particular que formuló el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 156/2014, de 25 de septiembre.

hubiese sido de carácter parcial. La aportación por el Gobierno de los datos de los hombres y mujeres que resultan afectados por la medida objeto del litigio, reflejaban que no hay diferencias significativas en atención al sexo en el recurso a este mecanismo, siendo mayor el número de hombres, lo que le permitiría la no apreciación de una discriminación indirecta por razón de sexo en su formulación. En sus conclusiones el abogado general ponía en entredicho tales datos apreciando que los mismos dependen del número de trabajadores activos en el Estado miembro y que no permite apreciar las proporciones respectivas de hombres y mujeres que componen el colectivo de trabajadores a tiempo parcial. Si bien, el Tribunal de Justicia sin hacer referencia a los mismos, se limitaría a dejar constancia de que el colectivo concreto de trabajadores a tiempo parcial afectado no podía identificarse con claridad. Y junto a ello la consideración de que tal regulación podía resultar ventajosa para algunos trabajadores a tiempo parcial –para aquellos trabajadores que, a pesar de haber trabajado con jornadas parciales durante gran parte de su carrera profesional, trabajaban a tiempo completo inmediatamente antes de la laguna de cotización–. Quedó inalterado, entonces, el precepto de la regulación española.

No olvidemos, que la misma jurisprudencia europea exige tener presente el principio de igualdad de género en la reformulación de las medidas a adoptar, a fin de que las mismas en su configuración tengan en cuenta su afectación a las mujeres. Tal situación de desventaja puede estar justificada, no solo mediante la justificación por el Estado de haber intentado perseguir una finalidad legítima de política social, sino también, que el medio seleccionado para garantizar tal objetivo satisface realmente “al empeño de lograrlo” y que se ha actuado de “*forma coherente y sistemática*” (STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto Brachner C-123/10).

El asunto Cachaldora Fernández dejaría una vereda abierta, cuyo recurso resultaba ciertamente difícil de rechazar, pues al reducir las posibilidades de acreditación del impacto adverso, se elude el necesario enjuiciamiento de los argumentos que permiten justificar la medida cuestionada. Y de este modo sucedió en el Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2015, asunto Plaza Bravo (C-137/15), en el que se debatió en relación al entonces artículo 211 LGSS de 1994 –actual artículo 270.3 LGSS–. Este precepto dispone que a los efectos de la determinación de las cuantías mínimas y máximas de la prestación por desempleo, cuyo importe es el resultado de la aplicación al IPREM de un específico porcentaje, tratándose del acceso a tal protección por la pérdida de un empleo a tiempo parcial, el IPREM se fijará en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días. En el supuesto planteado, resulta paradigmático que el perjuicio se derivase por la aplicación de la regla mencionada en relación a las cuantías máximas, pues habiendo trabajado la señora Plaza Bravo durante 36 años a jornada parcial –equivalente al 60 % de la efectuada por un trabajador a tiempo completo–, extinguida la misma obtiene una prestación contributiva por desempleo de 652.20 euros mensuales, frente a los 1087,20 euros que se reconocerían a un trabajador a tiempo completo en análoga situación familiar que, devengando igual salario y cotizando por la misma cantidad a la Seguridad Social, fuera beneficiario de la prestación.

Nos encontramos ante un elemento configurador de la cuantía de la prestación en el que se discute, no la suficiencia de la protección, sino la adecuación de la misma, siendo la diversa formulación de un elemento redistributivo del sistema lo que resulta cuestionable dado que “*produce un resultado perverso, no sólo desde el punto de vista de la equidad y de la igualdad entre géneros, sino desde la perspectiva de los principios de contributividad y*

*proporcionalidad en el cálculo de la prestación de desempleo*<sup>26</sup>. Y es que aquí, como en el asunto resuelto por la STC 156/2014, de 25 de septiembre, el escollo radica en determinar la razonabilidad de la proporcionalidad aplicada en base a la lógica contributiva que informa a la Seguridad Social; para concluir que, de nuevo, el modo en el que la medida ha sido formulada por el legislador resulta arbitraria, pues no cohonesta correctamente con la proporcionalidad ni con la contributividad.

Dado el estricto sometimiento del asunto a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de noviembre de 1978, el Tribunal procede a la verificación del impacto adverso, para lo cual focaliza su atención en el dato alegado por el Gobierno de que la norma “*no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos a quienes, habida cuenta de la retribución percibida durante los últimos 180 días de ocupación cotizada, se aplican las cuantías máximas o mínimas de la prestación por desempleo*”; en consecuencia, y retrotrayendo aquí la estrategia del asunto Cachaldora Fernández, afirma el Tribunal de Justicia que “*los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no permiten demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres*”; además de recurrir nuevamente al argumento de que “*como observan el Gobierno español y la Comisión, las cuantías máximas de la prestación por desempleo establecidas en el artículo 211, apartado 3, de la LGSS, específicamente controvertidas en el litigio principal, pueden resultar tanto o más desventajosas para los trabajadores a tiempo completo, ya que se determinan teniendo en cuenta el IPREM, aplicable a todos los trabajadores*”. Superada la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, aclara el Tribunal que el ajuste de tales cuantías al principio *pro rata temporis* no se puede considerar, en sí mismo, contrario al Derecho de la Unión.

Respecto de ambos asuntos analizados –Cachaldora Fernández y Plaza Bravo– consideramos que el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una alteración en la utilización de la prueba estadística que nos resulta rechazable. La exigencia de tales datos conlleva la necesidad de acreditar una afectación a través de unas estadísticas que no disponemos, los escasos datos aportados no revelan claramente tal afectación por estar sesgados: así, en el asunto Calchadora Fernández, los datos sobre el número de mujeres y hombres que se vieron afectados por la aplicación de este mecanismo, no reflejaban si tal afectación tiene lugar debido a que son ellos los que en mayor medida tienen acceso a las pensiones a las que resultan de aplicación (jubilación e incapacidad permanente), y por tal motivo, pueden demandar su aplicación, –en este sentido, no debería haber menospreciado el Tribunal que, como consecuencia de la regulación anterior, muchas mujeres quedaban expulsadas de su reconocimiento–; en el asunto Plaza Bravo, los datos podrían ocultar la brecha de género salarial existente en el mercado laboral español. Como indica la doctrina especializada no puede tratarse de un estadística *ex post facto* la que se utilice para la verificación de impacto desfavorable, sino una estadística *ex ante* de los potenciales sujetos a los que les pueda resultar de aplicación la norma en cualquier momento de su vida laboral<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Cuestión prejudicial planteada por el Auto del TSJ del País Vasco de 24 de febrero de 2015.

<sup>27</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *El contrato de trabajo a tiempo parcial...*, *op.cit.*, p.162.

### 3.2. El asunto Espadas Recio: el acceso y la duración de la prestación

En el asunto Espadas Recio, como hemos señalado, se cuestionaría la normativa relativa a la determinación de la duración de las prestaciones por desempleo. Se trata del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, cuyo artículo 3, apartado 1 en relación a los trabajadores a jornada completa dispone que *“la duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los cuatro años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar”*; respecto de los trabajadores a tiempo parcial, el apartado 4 establece 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”*.

El objeto que motiva la cuestión prejudicial sería la conformidad de la normativa aplicable, la cual, para determinar la duración del devengo de la prestación solo se tiene en cuenta los días en que efectivamente el trabajador llevó a cabo la actividad laboral, afectando a aquellos trabajadores cuya jornada de trabajo tiene una estructura ‘vertical’. En el asunto Espada Recio la aplicación de la norma mencionada implicó para una trabajadora de la limpieza el reconocimiento de una prestación por desempleo en una duración de 120 días, que tras la resolución por el SPEE de la reclamación administrativa previa (en cumplimiento del art. 71 LJS) se incrementaría a 420 días, pero sin llegar a los 720 días a los que hubiera tenido derecho si se hubiese tenido en cuenta el criterio de ocupación cotizada aplicable a los trabajadores a tiempo completo. El resultado de esta normativa es una reducción de la duración de la prestación por desempleo en comparación tanto con los trabajadores a tiempo parcial con una estructura de trabajo ‘horizontal’ como a los trabajadores a jornada completa.

En la cuestión prejudicial, el Juzgado de lo Social entiende que *“el peor trato se da por causa de la doble aplicación del principio ‘prorrata temporis’ que penaliza esta situación de contrato a tiempo parcial ‘vertical’ (y no en el ‘horizontal’): la menor jornada ya tiene su reflejo proporcional en el menor salario y, por consiguiente, en la menor cotización que –a la postre– determinará una prestación por desempleo en una cuantía proporcionalmente menor. Pero sí, además, se vuelve a aplicar –nuevamente– el principio ‘prorrata temporis’ para reducir la duración de la prestación, al computar exclusivamente los días trabajados, se estará aplicando por partida doble aquel principio, con un resultado final claramente injusto por desproporcional”*.

La cuestión jurídica problemática planteada perjudica a trabajadores a tiempo parcial como la Sra. Espadas Recio, de estructura ‘vertical’, a diferencia de si hubiera trabajado a jornada completa o si hubiese estado estructurada su jornada de manera ‘horizontal’. Ciertamente no se trata de una cuestión desconocida por el Tribunal Supremo que, aun aplicando la regla vigente de «día trabajado-día cotizado» a un trabajador parcial ‘horizontal’, aludió en su pronunciamiento a la necesaria coordinación con la doctrina derivada del asunto Bruno y Pettini –*“la carencia en caso de pérdida del contrato a tiempo parcial en los que la actividad se desarrollaba concentrada en unos meses del año [...] habría de coordinarse con la doctrina sentada por la STJUE de 10 de junio de 2010, Bruno y Pettini (C-395/2008) en la que se aborda la situación de los trabajadores a tiempo parcial*

*vertical*<sup>28</sup>. La invocación realizada a la resolución del Tribunal de Justicia nos resulta destacable pues implica que en sede judicial nacional se ha detectado lo necesario de su proyección hacia cuestiones de protección social pública.

Tal petición la realizaría nuevamente en la cuestión prejudicial del asunto Espadas Recio que descartaría el Tribunal de Justicia, si bien evitando realizar referencias expresas al asunto Bruno y Pettini en su justificación –basada en la acertada inaplicación del Acuerdo Marco (fundamentos 9 a 34)–, pese a que el juez remitente la citó al formular la primera cuestión prejudicial. Queda por ello reducido el examen a la Directiva 79/7/CEE de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, y por ello, su análisis a la luz de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo. Elevada trascendencia adquiere las conclusiones alcanzadas por la abogada general, dado que el Tribunal de Justicia alinearía a ellas su propio posicionamiento. Entre sus aportaciones, resulta esencial la construcción de su argumentación en defensa de la vulneración que implica la normativa nacional, afrontando directamente dos de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia ya mencionadas. Centra su razonamiento en precisar que las circunstancias del asunto correspondiente a la Sra. Espadas Recio son distintas.

Respecto del asunto Cachaldora Fernández indica que “la normativa nacional sólo afectaba a aquellos trabajadores que habían tenido lagunas de cotización durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en la que se produjo el hecho causante de la invalidez, cuando dicha interrupción era inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial. Sin embargo, el colectivo concreto de trabajadores a tiempo parcial afectado no podía identificarse con claridad. El Tribunal de Justicia no disponía de información estadística que indicara cuántos trabajadores a tiempo parcial tenían lagunas de cotización o si ese colectivo estaba compuesto mayoritariamente por mujeres. También se declaró que la normativa nacional controvertida en dicho asunto podía en realidad suponer una ventaja para algunos trabajadores a tiempo parcial”.

Y, de igual forma, en el asunto Plaza Bravo precisa que la medida nacional controvertida “no era aplicable a todos los trabajadores a tiempo parcial. De los autos no se deducía claramente si los datos estadísticos relativos a un colectivo de trabajadores específicamente afectados por la disposición nacional controvertida en dicho asunto permitían demostrar que esta disposición afectaba a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. Además, se declaró que esta normativa podía perjudicar de la misma manera a los trabajadores a jornada completa. El Tribunal de Justicia concluyó que los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no permitían demostrar que dicha disposición afectara a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. Así pues, no se consideró que dicha normativa originase una discriminación indirecta”.

Sin embargo, se mantiene que en el asunto Espadas Recio todos los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’ se ven perjudicados por la normativa nacional controvertida, no hay posibles fugas en cuanto a sujetos perjudicados, y nada parece indicar que ésta suponga una ventaja para determinados trabajadores dentro de ese colectivo en comparación con los

---

<sup>28</sup> STS de 10 de noviembre de 2010, RCUd núm. 3600/2009.

trabajadores a jornada completa. Y ante el planteamiento: “¿cambiaría mi opinión, conforme a la cual la normativa nacional controvertida produce una discriminación indirecta, el hecho de que dicha normativa afecte negativamente sólo a un grupo particular de trabajadores a tiempo parcial –aquellos con una estructura de trabajo «vertical»–? Mi opinión no cambiaría”, indica la abogada.

Y es que como indic el Juez remitente de la cuestión prejudicial “*en absoluto se sostiene que el contrato a tiempo parcial ‘vertical’ esté más ‘feminizado’ que el ‘horizontal’*. No es esta la cuestión, por cuanto el dato estadístico es neutro al respecto. Lo relevante es que el contrato a tiempo parcial –en general– es una modalidad de contratación ‘feminizado’ y, por consiguiente, el hecho que una de sus variantes –la contratación a tiempo parcial vertical– sufra el expuesto trato desfavorable (al reducirse la duración natural de la prestación en razón al computarse sólo los días trabajados) pudiera entrar en contradicción con el art. 4 de la Directiva 79/7 (LCEur 1979, 7)”. Considera el Tribunal de Justicia –acogiendo el criterio de la abogada general– que de esta información puede válidamente concluirse que la normativa nacional controvertida perjudica en una mayor proporción a las mujeres que a los hombres, pues “*se desprende claramente que todos los trabajadores a tiempo parcial vertical comprendidos en el ámbito de aplicación de la medida nacional controvertida en el litigio principal resultan perjudicados por esta medida nacional*”. Además, indica, que el órgano jurisdiccional remitente no ha indicado que la normativa nacional controvertida pueda también perjudicar en ocasiones a los trabajadores a jornada completa de la misma manera que perjudica a los trabajadores a tiempo parcial.

Se puede observar la estela del asunto Cachaldora Fernández y Plaza Bravo que ha obligado a los órganos impulsores de cuestiones prejudiciales a incidir sobre los datos estadísticos disponibles, aún cuando éstos sean insuficientes por inexistentes. Sin embargo, y aun cuando nos mostramos conforme con el posicionamiento adoptado en el asunto Espadas Recio –posible afectación feminizada de la medida–, rechazamos la confrontación con los asuntos Cachaldora Fernández y Plaza Bravo que realiza, si bien éste último, por cierto, no mencionado. Al igual que en éstos dos últimos, en el asunto Espadas Recio también hubiera sido posible exigir que se acreditara que el colectivo afectado por esta medida, los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’, son en mayor proporción mujeres. En definitiva, siempre habrá lugar a la exigencia de una acreditación restrictiva del colectivo perjudicado por el instrumento cuestionado en base a uno u otro criterio –jornada realizada, distribución de la jornada realizada etc.– pero, dada la dificultad de construir y acceder a datos que refleje con exactitud y sin sesgos tal encomienda, deberá ser suficiente para satisfacer el impacto desfavorable, situarnos en un estadio previo, es decir, en los potenciales perjudicados por la norma aplicable, y requerir en ellos la mayor feminización de su afectación.

Acreditado el impacto adverso, restaba por analizar la justificación alegada por el Estado Miembro. La argumentación del Gobierno español en esta ocasión se limitaría a fundamentar la discriminación en el principio de contribución al sistema de la seguridad social, el cual, proporciona una justificación objetiva para cualquier discriminación; según el Gobierno, dado que el derecho y la duración de la prestación por desempleo se basan exclusivamente en el período durante el que una persona ha trabajado o ha estado dado de alta en la seguridad social, no tener en cuenta los días efectivamente trabajados sería incompatible con el principio de proporcionalidad. Pero ciertamente lo que aquí se debe plantear sería, ¿es correcta la aplicación dada actualmente al principio de proporcionalidad?

o ¿resulta excesiva por desproporcionada?, ¿su actual formulación permite justificar que la medida responde a una finalidad legítima de la política social, y son adecuadas para alcanzar el objetivo perseguido por éstas y son necesarias a tal fin, justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo? El Tribunal de Justicia considera 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”*.

Como indica la abogada general si la prestación por desempleo tiene por objeto proporcionar al trabajador prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir, tal finalidad se puede alcanzar teniendo en cuenta: “(i) el período de cotización del trabajador y del empresario, (ii) el importe de dichas cotizaciones y (iii) las horas de trabajo del trabajador en cuestión (trabajo a tiempo parcial o a jornada completa). Según las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, estos factores 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. Todos estos trabajadores (que cotizan durante el mismo período de tiempo) recibirán una prestación por desempleo de la misma duración. Sin embargo, una persona que trabaja la mitad de la jornada recibirá una prestación reducida proporcionalmente, que reflejará una menor cotización efectuada con arreglo a un salario inferior. Esto está en consonancia con el principio *pro rata temporis*. Sin embargo, un trabajador a tiempo parcial ‘vertical’ recibirá una prestación de una duración inferior que un trabajador a jornada completa, aunque cotiche por cada día de todos los meses del año. El sistema trata de manera distinta a los dos colectivos de trabajadores. En el caso de los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’, da más importancia a los días efectivamente trabajados que al período de tiempo que el trabajador emplea en hacer su trabajo durante el transcurso de una semana laboral”. Es por ello que concluye de manera tajante afirmando que se crea una anomalía ilógica y de carácter punitivo que coloca a los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’ en una situación de desventaja. Los trabajadores a tiempo parcial que efectúan trabajos poco remunerados, como los trabajos de limpieza, tendrán pocas opciones en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo. Podrían verse obligados a aceptar condiciones de trabajo ‘vertical’ que se ajusten a las necesidades de las empresas únicamente para conseguir un puesto de trabajo. Es interesante esta última estocada porque implica que su argumentación no queda delimitado a los exclusivos márgenes de la Seguridad Social si no que atiende a una mayor amplitud de miras, situando al trabajo parcial en el contexto actual del mercado laboral, mermado por continuas reformas dirigidas a dotarle de una mayor flexibilidad para los intereses empresariales, que han generado una intensificación de la precariedad laboral.

#### **4. LO QUE ESTÁ POR LLEGAR: UN NUEVO IMPULSO EN LA REFORMA POR GOTEO**

Declarando el Tribunal de Justicia la vulneración por la normativa nacional del artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, en la medida en que en el caso del trabajo a tiempo parcial ‘vertical’ se excluyen 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, se origina en España la necesidad de asumir la reformulación de la regulación a fin de que se ajuste a las exigencias comunitarias. Y, también en este aspecto, el Tribunal de Justicia se adhiere a las aportaciones de la abogada general, indicando que para garantizar la correlación alegada por el Gobierno se podría tener 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*”.

Lo cierto es que desde la reforma del 2013 impulsada por el asunto Elbal Moreno, como hemos explicado, difícilmente se lograba entender la inaplicación de la articulación dada al cómputo de los periodos de cotización –a través de las reglas del coeficiente global de parcialidad– también para las prestaciones de desempleo –modificando el concepto de «días trabajados» al que hace referencia el artículo 3.4 de RD 625/1985, de 2 de abril, por el de «periodos de ocupación cotizada», como expresa el artículo 269.1 LGSS– manteniéndose “un principio ancestral, de día trabajado día cotizado, que es incompatible con una elemental aplicación del principio de igualdad [pues] en el fondo, no se trata más que de extender una solución que debería ser la misma para todas las prestaciones del sistema: en el acceso a las prestaciones, debe regir el principio de igualdad entre trabajadores a jornada completa y a tiempo parcial”<sup>29</sup>.

Al tiempo en que se cierra este trabajo se encuentra en trámite parlamentario el debate sobre cómo deberá llevarse a cabo el acomodo exigido, promoviendo la modificación del artículo 3.4 del RD 624/1985, de 2 de abril, “en el sentido de que a efectos de determinación de la duración de la prestación de desempleo computará como cotizado todo el período durante el cual la persona trabajadora haya permanecido en situación de alta, con independencia de la jornada realizada”<sup>30</sup>. Lo cierto es que nos mostramos escépticos a tal propuesta que, por lo demás, no nos resulta ajustada con la homogeneidad de soluciones que consideramos debe imperar, especialmente porque la solución que se adopte no sólo repercutirá en el acceso y la duración de la prestación por desempleo en su nivel contributivo, sino también, no pasemos por alto, a la del nivel asistencial; sin ignorar por ello, que la aplicación de las reglas ya existentes para el cómputo de los periodos de cotización están generando inconvenientes ligados a la dificultad de control de las jornadas –lo que nos lleva, asimismo, y entre otros al recurrente debate, no concluido, acerca del registro de jornada<sup>31</sup>–.

---

<sup>29</sup> CABEZA PEREIRO, J.C., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2014, p. 968.

<sup>30</sup> Proposición de Ley relativa al cálculo de la duración de la prestación de desempleo derivada de contratos a tiempo parcial, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y publicada en el BOCG de 11/01/2018.

<sup>31</sup> Recordemos que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de marzo de 2017 (RC núm. 81/2016) rechazó que la obligatoriedad del registro de la jornada ordinaria de trabajo tuviera cobertura en el marco normativo vigente –aunque asumiría que es “cierto que de *lege ferenda* convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de *lege data* esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador”–. La conveniencia, como indica el Tribunal, de una reforma para introducir cobertura y seguridad jurídica sobre el registro de jornada ha llevado a plantear una Proposición de Ley para modificar el art. 34 ET, a fin de incluir la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador.