

# Revista de Información Laboral

2018

Número 4 (Abril)

Jurisprudencia

La jurisprudencia de cerca

1. Otro «toque» del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial: reflexiones al hilo del caso Espadas Recio (DANIEL PÉREZ DEL PRADO)

## Jurisprudencia

### La jurisprudencia de cerca

#### 1 Otro «toque» del Tribunal de Justicia a propósito de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial: reflexiones al hilo del caso Espadas Recio<sup>1)</sup>

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

Profesor Titular acreditado. Universidad Carlos III de Madrid. ORCID: 0000-0001-7106-6769.

ISSN 2254-3171

Revista de Información Laboral 4

#### Sumario:

- I. Introducción: un nuevo toque de atención
- II. El punto de partida: un caso de libro
- III. La problemática jurídica del trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal ()
  - 1. La «ocupación cotizada» y la doble penalización
  - 2. Discriminación indirecta por razón de sexo
- IV. ¿Y ahora qué? Posibles soluciones
- V. Bibliografía

#### RESUMEN:

El asunto Espadas Recio es un nuevo ejemplo de cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos viene reiterando que nuestra regulación laboral y de protección social de los trabajadores temporales y a tiempo parcial no se ajusta a los estándares mínimos de la Unión. Lo cierto es que nos vamos acostumbrando a que «desde Europa», una vez tras otra, nos digan que alguna determinada parcela, ya sea del Derecho del Trabajo, ya lo sea de la Seguridad Social, relativa a estas fórmulas de trabajo, frecuentemente ligadas al empleo precario, no encaja con el Derecho de la Unión. En esta ocasión ha sido la protección por desempleo la afectada. El presente trabajo aborda las implicaciones jurídicas de esta sentencia, tanto en lo que hace al concreto problema jurídico abordado (el trato discriminatorio a los trabajadores a tiempo parcial verticales), como en lo que respecta a la reflexión de fondo, esto es, qué aspectos de la protección social de los trabajadores más vulnerables no alcanzan los mínimos indispensables y, por tanto, requerirían de una revisión en profundidad. Para ello, tras una primera reflexión general acerca de la especial relación entre la jurisprudencia europea y la regulación española en materia de protección social de estos trabajadores, analizaremos los puntos clave del caso, abordaremos los dos problemas jurídicos esenciales que de él derivan y concluiremos con algunas propuestas de solución tanto coyunturales como de fondo.

**PALABRAS CLAVE:** Desempleo - Discriminación indirecta - UE - Tiempo parcial

#### ABSTRACT:

The Espadas Recio case is a new example of how the Court of Justice of European Union is insisting on the idea that our labour and social protection legislation related to part-time and temporal employees does not achieve the minimum European standards. It is becoming usual that «Europe» tell us that a specific field of our Labour Law or Social Security Law linked to this kind of employment, frequently related to precarious job, does not suit with EU Law. In this occasion, unemployment benefits are the affected area. This paper analyses both the concrete legal problem tackled by the Court (the indirect discrimination of vertical part-time employees) and the general debate, that is, what kind of areas do not fulfil the minimum social requirements and, consequently, demand an in-depth review. In order to achieve this objective, after a general reflection on the especial relationship between European case law and Spanish regulation, the main points of the case will be analysed, we will deal with concrete legal problems derived from it and we will conclude with some proposals for both these concrete legal dysfunctions and the substantive discussion.

**KEYWORDS:** Unemployment - Indirect discrimination - EU - Part-time



## I. INTRODUCCIÓN: UN NUEVO TOQUE DE ATENCIÓN

El [caso Espadas Recio](#) (TJCE 2017, 196) <sup>(1)</sup> es un nuevo ejemplo de cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) nos viene reiterando que nuestra regulación laboral y de protección social de los trabajadores temporales y a tiempo parcial no se ajusta a los estándares mínimos de la Unión. Lo cierto es que nos vamos acostumbrando a que «desde Europa», una vez tras otra, nos digan que alguna determinada parcela, ya sea del Derecho del Trabajo, ya lo sea de la Seguridad Social, relativa a estas fórmulas de trabajo, frecuentemente ligadas al empleo precario, no encaja con el Derecho de la Unión.

Tal fue el caso de la polémica en torno a si los trabajadores interinos han de percibir una indemnización al fin de su contrato comparable a la de los trabajadores indefinidos, asunto, por cierto, aun no cerrado, a la espera de que el Alto Tribunal de la Unión nos dé una respuesta definitiva acerca de cómo hemos de interpretar aquella resolución <sup>(2)</sup>. O, en el ámbito de la protección social, el caso Elbal Moreno, en el que Luxemburgo tuvo que recordarnos que nuestras reglas relativas a la jubilación, aplicadas a los trabajadores a tiempo parcial, implicaban que la trabajadora demandante tuviera que trabajar 100 años para poder acceder a su pensión, lo que nos obligó, lógicamente, a reformar nuestra [Ley General de la Seguridad Social](#) <sup>(3)</sup>.

Si repasamos los casos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre trabajo precario o, más correctamente, sobre trabajo temporal y trabajo a tiempo parcial, nos encontraremos muchos apellidos italianos, griegos y españoles, teniendo en particular nuestro país un lugar destacado. Esta sucesión de sentencias, paradójicamente, no nos han llevado a mejorar nuestros estándares regulatorios, salvo cuando ya no ha quedado más remedio <sup>(4)</sup>. No es que no supiéramos que había elementos en nuestra regulación que eran poco correctos, sino que, como se ha dicho, simplemente preferimos mirar hacia otro lado, pues la explosión generada ahora venía de tiempo atrás <sup>(5)</sup>.

El asunto que nos traemos ahora entre manos es otro de esos clásicos de la protección social sobre el que, desde hace décadas, se viene diciendo que habría que ponerle solución, hasta que ha tenido que ser Europa quien nos fuerce a ello. Es cierto que la relación entre protección social y trabajadores a tiempo parcial no ha sido ni es fácil, en buena medida porque aquella se asienta sobre el paradigma del trabajador a tiempo completo por tiempo indefinido <sup>(6)</sup>. Pero no lo es menos que la problemática asociada a la diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial vertical y horizontal no es nueva y había sido venido destacada por la doctrina desde hace décadas <sup>(7)</sup>.

La sentencia del asunto Espadas Recio pone al descubierto estas viejas contradicciones y las eleva a la máxima potencia al enfrentarlas con la que es la causa última de su nulidad jurídica, la falta de una adecuada adaptación de la protección social, en este caso en materia de desempleo, al trabajo a tiempo parcial. La diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial resultaba una cuestión criticable por falta de justificación suficiente y razonable, pero no ha sido esta la causa de su nulidad, sino la ausencia de un tratamiento equiparable entre los trabajadores a tiempo parcial verticales y los trabajadores a tiempo completo. No se trataba de una cuestión técnica, sino de ser capaces de otorgar una adecuada protección social a los más vulnerables de los trabajadores a tiempo parcial, de hacer posible el tránsito desde un sistema basado en el tiempo completo a otro que incluya el tiempo parcial. No es que en el detalle estuviera el pecado, sino que el pecado era el original.

Si a las dificultades para adaptar las reglas de protección social basadas en la relación laboral estándar a tiempo completo al trabajo

precario, unimos la falta de interés por abordar tan magna y compleja cuestión, el resultado no podía ser otro que el que ahora nos encontramos. Lo que no hicimos por nuestra propia cuenta, ahora, nos veremos obligados a hacerlo. Por ello quizá podría aprovecharse esta sentencia y la larga saga que afecta a otras formas de trabajo precario abordar la mejora de las condiciones laborales y de protección social de los trabajadores a tiempo parcial (y de los temporales), para abordar el problema de fondo, más que el coyuntural relativo al cómputo de los días cotizados a efectos de la duración de la protección por desempleo. Ése es el verdadero y más importante mensaje que desde hace tiempo nos está lanzando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## II. EL PUNTO DE PARTIDA: UN CASO DE LIBRO

El caso Espadas Recio arranca de una cuestión prejudicial planteada por el juzgado de lo social número 33 de Barcelona, uno de los que habitualmente utilizan este tipo de herramientas procesales. El supuesto de hecho es relativamente sencillo. La señora. Espadas Recio trabajó como limpiadora a tiempo parcial de manera ininterrumpida desde el 23 de diciembre de 1999 hasta el 29 de julio de 2013. Su jornada de trabajo estaba organizada de la siguiente forma: trabajaba dos horas y media los lunes, miércoles y jueves de cada semana y cuatro horas el primer viernes de cada mes. En términos porcentuales, esto supone una jornada del 18,75% en relación a una jornada completa de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual.

Tras la extinción de su relación laboral, solicitó una prestación por desempleo. El Servicio Público de Empleo (SPEE), después de revisar una primera resolución previa, terminó por conceder una prestación de 420 veinte días. Su decisión se basó en dos preceptos. De una parte, conforme al [art. 210 LGSS](#) (actual [art. 269](#)) «la duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, con arreglo a la siguiente escala: [...] desde 1.260 hasta 1.439: 420; [...] desde 2.160: 720». De otra, la [DA. 7.ª LGSS](#) (actualmente la regla relativa al desempleo se encuentra también en el [art. 269](#)) y su desarrollo reglamentario, el [art. 3.4 RD 625/1985, de 2 de abril](#), por el que se desarrolla la [Ley 31/1984, de 2 de agosto](#), de Protección por Desempleo <sup>(8)</sup> (en adelante, RD 625/1985). Este precepto nos indica cómo hemos de computar los días. En concreto dispone que «cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a un 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»

Conforme a estos criterios, de acuerdo con el cómputo del SEPE, a la señora Espadas Recio había que computarle 3 días a la semana y uno adicional por cada primer viernes de cada mes, durante los seis años anteriores al 29 de julio de 2013, lo que ascendía a un total de 1387 días. Nótese que con la regla de cómputo diario la parcialidad de la jornada se ha incrementado al 64,21 % <sup>(9)</sup>. La sentencia, a efectos de simplificación de los cálculos habla de tres quintos (60 %) <sup>(10)</sup>. La discrepancia surge porque, al haber trabajado durante seis años consecutivos (en realidad más), cotizando 30 ó 31 días al mes, la demandante sostenía que le correspondía la duración máxima, esto es, 720 días, en vez de 420 días.

De lo dicho hasta ahora se desprende que nos encontramos ante un caso claro, de libro podría decirse, de trabajadora a tiempo parcial vertical, lo que permite plantear los problemas sociales y jurídicos derivados de la regla de cómputo de los días cotizados a efectos de la duración de la prestación.

En el plano social, los efectos son claros, pues el trabajo a tiempo parcial vertical va a tener acceso a una prestación de una duración inferior a la de un trabajador a tiempo parcial horizontal con el mismo porcentaje de parcialidad (o menos) y a la del trabajo a tiempo completo. En el plano jurídico, nos encontramos con dos elementos básicos. De una parte, los problemas derivados de la elección del criterio «ocupación cotizada» en vez del tradicional y simple «período de cotización», lo que conecta con la idea de cuál ha de ser el concreto plano en que se materialice el principio de proporcionalidad. De otra, como lo anterior afecta fundamentalmente a las mujeres, las cuestiones relativas al derecho de no discriminación, principal vínculo con el Derecho de la Unión Europea y que da pie, por consiguiente, al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE.

Al análisis de ambos ámbitos dedicaremos las páginas que siguen. No obstante, en relación a este último elemento y con el objetivo de centrar el análisis únicamente en los puntos esenciales, conviene destacar que el órgano *a quo* planteó dos marcos jurídicos distintos para el análisis de la posible discriminación indirecta. En ambos casos la regla es idéntica, pues se prohíben tratos discriminatorios salvo que exista una razón objetiva. Lo que varía es el ámbito de actuación de ambas reglas. De una parte, el [art. 4](#) del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial ([Directiva 97/81/CE](#)), que se aplica a las llamadas «condiciones de empleo». De otra, la [Directiva 79/7/CEE](#) sobre igualdad de trato en materia de seguridad social, para el caso en que las prestaciones se entendieran como una «consideración de orden social».

Aunque el órgano judicial proponente aventura que la vía por la que optará Luxemburgo será esta segunda <sup>(11)</sup>, no se resiste a plantear ambas, probablemente porque ya en el caso Elbal Moreno (que también trae causa de una cuestión prejudicial planteada por este mismo juzgado) insistió en el análisis desde el Acuerdo Marco y porque a la luz de su regulación se resolvió una cuestión sustancialmente idéntica, la de la [STJUE de 10 de junio de 2010](#) (TJCE 2010, 171) (Caso Bruno Petti, -C-395/08-)

## III. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL VERTICAL Y HORIZONTAL <sup>(12)</sup>

Desde hace tres décadas somos conscientes de que la regla de cómputo de los días cotizados a efectos de la duración de la protección por desempleo produce efectos desfavorables sobre los trabajadores a tiempo parcial. Concretamente desde que se aprobara el [RD 625/1985](#), que desde un principio optó por recurrir a la regla de día cotizado-día computado, a pesar de que la entonces vigente [Ley 31/1984, de 2 de agosto](#), de protección por desempleo, por la que se modifica el [título II](#) de la [Ley 51/1980, de 8 de octubre](#) <sup>(13)</sup> nada decía expresamente, al margen de mencionar, en su artículo octavo, que la duración de la prestación se determinaría en función de los «períodos de ocupación cotizada». Posteriormente, el [art. 210](#) de la LGSS-1994 mantendrá esta regla de cómputo, habilitando la ya mencionada [DA séptima](#) el desarrollo reglamentario para el caso del trabajo a tiempo parcial, desarrollo que, no sin polémica, ha sido cubierto hasta nuestros días por el mismo reglamento anterior, el de 1985 <sup>(14)</sup>.

Esta conflictividad relativa a la regulación reglamentaria viene marcada, no solamente por el hecho de que se haya tenido que recurrir a una reglamentación previa (de casi diez años antes a la entonces vigente LGSS-1994), sino porque posteriormente sucesivos reglamentos no han hecho más que añadir más confusión a esta concreta parcela de la regulación <sup>(15)</sup>. Sea como fuere, por lo que aquí respecta, interesa destacar, de una parte, la falta de interés del legislador por solventar esta cuestión durante más de tres décadas. De otra, que el concepto central sobre el que ha descansado el cómputo del período de carencia del desempleo ha sido el de ocupación cotizada, hoy en tela de juicio a partir de la sentencia que da pie a estas reflexiones.

En todo caso, antes de adentrarnos en este concepto, conviene centrar el debate. El problema esencial que se suscita es que la regla del [art. 3.4 RD 625/1985](#), aunque tiene como objetivo fundamental promover el trabajo a tiempo parcial desde el punto de vista de la protección por desempleo <sup>(16)</sup>, sin embargo, produce importantes disfunciones según la modalidad de tiempo parcial de que se trate. En efecto, resulta ya clásica la distinción a este respecto entre la situación de los supuestos a tiempo parcial «horizontales» y «verticales». En el primer caso, en los que se produce una reducción de horas al día, el cómputo de los periodos de carencia se realizará de acuerdo con el principio de día trabajado-día cotizado, con abstracción del mayor o menor número de horas que se presten. En el segundo, referida a los días de trabajo en relación con el año o el mes, la aplicación literal de la misma regla lleva a una consecuencia mucho más desfavorable, pues a igual número de horas totales, pueden tenerse menos días cotizados, pues por hipótesis es posible trabajar durante más horas por día que en el caso anterior. Es decir, el comúnmente denominado trabajo a tiempo parcial «horizontal» recibe una consideración más favorable que el «vertical» <sup>(17)</sup>. El problema se acrecienta aún más si se tiene en cuenta que a los trabajadores a tiempo parcial horizontal se les brinda el mismo trato que a los que trabajan a tiempo completo.

## 1. LA «OCUPACIÓN COTIZADA» Y LA DOBLE PENALIZACIÓN

Lo cierto es que el concepto de ocupación cotizada ha sido pacíficamente asumido por nuestra jurisprudencia, que en ningún momento se ha planteado siquiera ponerlo en tela de juicio. Así, ya la [STS 3 de noviembre de 1994](#) (RJ 1994, 8589) (R.º 3497/1993) <sup>(18)</sup> interpretó que de la referencia contenida en el [art. 3.4 RD 625/1985](#) «se desprende que solamente se ha de computar el tiempo en que se ha trabajado y cotizado simultáneamente», aclarando que «no se computan a los efectos de la determinación del período dicho los días de inactividad –salvo los de descanso preceptivo–, porque no resultaría ni lógico ni jurídico, que resultase de mejor condición el beneficiario de la prestación de desempleo que el trabajador en activo. Se persigue disminuir los efectos desfavorables de una situación de penuria, sin pretender igualar la situación con la de trabajo en activo» <sup>(19)</sup>.

Además, esta regla constituye una particularidad de la protección por desempleo, que la distingue y separa del resto de prestaciones <sup>(20)</sup>, sin que exista obstáculo legal alguno para que el legislador opte por esta regulación particular, que por otra parte ha devenido usual en nuestro sistema de Seguridad Social.

De esta forma el Tribunal Supremo se ha mantenido fiel al tenor literal tanto de la LGSS como del precepto reglamentario mencionado, sin que el paso de los años y el desarrollo y auge de este tipo de trabajo haya hecho variar un ápice su postura inicial. Así, en la más reciente [STS 13 de febrero de 2007](#) (RJ 2007, 1777) (R.º 5521/05) declaró que «el artículo 210 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social 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. [...] Siendo esto así 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 y que, también, se considere como día cotizado entero aquel en el que, solo parcialmente, se desarrolló la actividad laboral» <sup>(21)</sup>. Dicho en otros términos, la razón que parece legitimar el uso de la «ocupación cotizada» tiene que ver con el hecho causante de esta concreta prestación <sup>(22)</sup>, cual es la pérdida (involuntaria) de un empleo anterior.

Ahora bien, aunque es indudable que la naturaleza de la prestación debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar, entre otros aspectos, el período de carencia, quizá hayamos llevado esta noción demasiado lejos. La ocupación cotizada parece referirse al hecho de que las cotizaciones vinculadas a la prestación de desempleo han de ser causadas en activo, por el ocupado, lo que tiene su directa plasmación en prohibiciones como la prevista en el actual [art. 269.2 párrafo tercero LGSS](#) (imposibilidad de computar las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación de la acción –antiguo [art. 210.2 párrafo segundo LGSS-1994–\) <sup>\(23\)</sup>. Desde esta perspectiva no viene a ser más que una fórmula particular de vincular los principios de profesionalidad y contributividad de cualquier sistema contributivo, mostrando la especial relación que en esta prestación tiene el binomio ocupado-desempleado. Dicho con otras palabras, por tratarse de la prestación por desempleo, el legislador pareciera que el legislador ha querido reforzar el nexo que une trabajo, cotización y desempleo, como si así se tuviera «más derecho» a la prestación.](#)

De esta forma, a la luz de la norma, muy pocas excepciones a la regla día trabajado-día cotizado son admitidas: las expresamente previstas en el [art. 3.3 RD 625/1985](#) (salarios de tramitación, cierre patronal o de huelga legales), a las que se añade la recogida en el [art. 165.5 LGSS](#) (suspensión del contrato por violencia de género); y las aceptadas jurisprudencialmente, esto es, la parte proporcional del descanso preceptivo (domingos, festivos y vacaciones) <sup>(24)</sup>. En sentido contrario, las consecuencias derivadas de la aplicación de este criterio de cómputo son ciertamente notables <sup>(25)</sup>; casi todas las cotizaciones asimiladas o ficticias no alcanzan al desempleo, tampoco se computan, como también quedó dicho, las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa; y las que estamos aquí analizando en relación a los trabajadores a tiempo parcial vertical.

En suma, de las diversas opciones a la hora de estrechar el vínculo entre profesionalidad y contributividad parece que hubiéramos optado por la «máxima», lo que ha dado pie al legislador a acuñar un concepto nuevo, este de ocupación cotizada, que había sido «extraño» <sup>(26)</sup> a nuestra tradición jurídica. De hecho, la primera vez que se incluye este término fue en el [art. 19 de la Ley 51/1980](#), de 8 de octubre, Básica de Empleo y en su reglamento de desarrollo <sup>(27)</sup>. En sus predecesoras, la [Ley 62/1961, de 22 de julio](#), por la que se implanta el Seguro Nacional de Desempleo (artículo séptimo b)) <sup>(28)</sup>, se habla simplemente de un «período mínimo de afiliación» y en el [Decreto 2065/1974, de 30 de mayo](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social ([artículo 174](#)) <sup>(29)</sup> de un «período de cotización».

En el ámbito comparado, la utilización de conceptos jurídicos próximos al nuestro no es algo extraño, pues países como Francia o Bélgica emplean los «días trabajados» en el período de referencia inmediatamente anterior <sup>(30)</sup>. Ahora bien, dicho esto, resulta difícil determinar hasta qué punto pueden ser asimilados a nuestra «ocupación cotizada», cuando, por ejemplo, se admiten «días asimilados» de un modo relativamente más flexible y/o se establecen reglas diferentes en caso de trabajo a tiempo parcial, como el cómputo por horas. Con carácter general, además, parece que lo habitual es exigir un período previo de seguro o de empleo <sup>(31)</sup>, con lo que ambas fórmulas serían válidas.

Sea como fuere y retornando la regulación española, el caso Espadas Recio nos exige una reconsideración del concepto. El empleo de la «ocupación cotizada», tal y como ha sido entendido hasta ahora supone, como se viene reiterando, que cada día cotizado es día trabajado. Aunque el objetivo de esta regla consiste en servir al principio de proporcionalidad, tal y como subrayó la Abogada General y

acoge la sentencia <sup>(32)</sup>, existen otros que sirven de una forma más proporcionada a la misma finalidad, como lo son 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.

De lo anterior se deducen dos únicas soluciones, o mantener el concepto por cuanto que indicativo de las peculiaridades que el período de carencia tiene en esta concreta prestación (y a pesar de que habrá trabajadores a los que se les tendrán en cuenta días en que no trabajen); o bien recuperar el antiguo «período de cotización» por más que, de nuevo, pueda mostrar determinadas particularidades respecto de los que se exigen para otras prestaciones o, si se prefiere, asumiendo que sólo una de las consecuencias mencionadas ha desaparecido, siendo necesario mantener el resto.

Pero, al margen de lo anterior, el Tribunal de Justicia nos marca una línea de actuación muy clara en lo que hace a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial que, por cierto, ya había sido mencionada en el caso Elbal Moreno <sup>(33)</sup>. La materialización del principio de proporcionalidad ha de manifestarse en uno sólo de los elementos integrantes de la acción protectora y, en particular, bien en la duración, bien la cuantía de la prestación, pero no en ambas. Dicho de otra forma, en lo que se nos viene insistiendo es que en materia de protección del trabajo a tiempo parcial no cabe la doble penalización o la doble aplicación de la proporcionalidad.

A este respecto, la Abogada General es mucho más explícita que la Sentencia cuando señala que «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*» [\(STJUE de 5 de noviembre 2014 \(TJCE 2014, 429\), Österreichischer Gewerkschaftsbund -C-476/12-](#), apartados 22 a 24). [...] Esta circunstancia crea una anomalía ilógica y de carácter punitivo que coloca a los trabajadores a tiempo parcial “vertical” en una situación de desventaja» <sup>(34)</sup>. La Sentencia, como decimos, no es tan expresiva a este respecto, pero asume implícitamente el razonamiento, cuando señala que la alternativa correcta es la que se sigue con los trabajadores cuya jornada se estructura de manera horizontal, independientemente de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial.

Esto se vería reforzado por el hecho de que en Espadas Recio se insiste en la postura ya mantenida en Elbal Moreno y porque, aunque sin estar referidas a nuestro país, el TJUE viene insistiendo en que el principio de no discriminación excluye la aplicación del principio de proporcionalidad dos veces. Así, en Bruno Petti declaró que «el cálculo del importe de la pensión depende directamente de la cantidad de trabajo efectuada por el trabajador y de las cotizaciones correspondientes, según el principio de *pro rata temporis*. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho de la Unión no se opone al cálculo de una pensión de jubilación conforme a una regla *pro rata temporis* en caso de trabajo a tiempo parcial. En efecto, la consideración del período de tiempo que el trabajador a tiempo parcial ha trabajado efectivamente durante su carrera, en comparación con el de un trabajador que ha trabajado a tiempo completo durante toda su carrera, constituye un criterio objetivo que permite una reducción proporcionada de sus derechos a pensión (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Schönheit y Becker, apartados 90 y 91, y Gómez-Limón Sánchez-Camacho, apartado 59). En cambio, el principio de *pro rata temporis* no es aplicable a la determinación de la fecha de adquisición del derecho a pensión, en la medida en que ésta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador. En efecto, esta antigüedad se corresponde con la duración efectiva de la relación de empleo, y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación. Por tanto, el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a pensión se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los períodos no trabajados» <sup>(35)</sup>.

## 2. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO

Aunque como se ha dicho anteriormente, el distinto trato injustificado entre trabajadores a tiempo parcial verticales y horizontales es algo que ha sido reiterado por nuestra doctrina de forma constante, sin embargo, no fueron tan numerosas las voces que se atrevieron a ir un poco más allá, sugiriendo que, además, podría ser discriminatoria <sup>(36)</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que las reglas antidiscriminación constituyen el cordón umbilical que conecta lo que hasta ese momento había sido una vieja e irresuelta cuestión nacional en un asunto europeo, susceptible de ser analizado bajo el prisma de las normas más básicas del Derecho de la Unión.

Si se analiza con detalle el AJS de 6 de febrero de 2015 (Núm. 20/2014), se observa que el órgano *a quo* centra el debate en el que es el ámbito propio en el que se ha venido desarrollando el trabajo a tiempo parcial en los últimos años, el de la discriminación indirecta. Así, el magistrado considera, «asumiendo plenamente la tesis de la demanda, que el peor trato prestacional (en forma de menor duración de la prestación) deparado por la norma interna, el [art. 3.4 del RD 625/84](#), a los contratos a tiempo parcial “verticales” (en los que el trabajo se concentra en solo parte de los días de la semana) respecto a los contratos a tiempo parcial “horizontales” (con igual parcialidad en la jornada semanal, sólo, que repartida durante los cinco días laborales de la semana), supone una discriminación indirecta por razón de sexo, dado que el criterio normativo –al margen de atentar al principio de proporcionalidad contributiva– impacta negativamente en el colectivo de mujeres trabajadoras, que son las que –en un invariable porcentaje del 70-80% según las estadísticas anuales y en razón del rol de género aún perpetuado socialmente– siguen siendo mayoritariamente contratadas en tal régimen de parcialidad» <sup>(37)</sup>.

Sólo había un obstáculo para que el Tribunal de Justicia pudiera hacer suya esta tesis: la solución contraria dispensada en la reciente [STJUE de 14 de abril de 2015 \(TJCE 2015, 15\) \(Asunto Cachaldora Fernández -C-527/13-\)](#). En este caso el Tribunal de Justicia concluyó que la normativa en cuestión, relativa a la determinación de la base de cálculo de una pensión de incapacidad permanente total, no suponía discriminación indirecta. Sin embargo, las circunstancias son muy distintas en uno y otro caso y, ello, por dos motivos fundamentales. De una parte, porque en Cachaldora Fernández no se disponía de información estadística fiable sobre el número de trabajadores a tiempo parcial cuyas cotizaciones se habían visto interrumpidas o que pusiera de manifiesto que este grupo de trabajadores estuviera mayoritariamente compuesto por mujeres, frente a los datos «irrefutables» de Espadas Recio. De otra parte, en aquélla 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, frente a la influencia negativa para las mujeres en ésta.

Por su parte, la Abogada General hace referencia a otro caso que el TJUE pasa por alto, el ATJUE de 17 de noviembre de 2015 (Caso Plaza Bravo -C-137/15-). En este supuesto también se descarta que la doctrina en ella contenida pudiera ser aplicable al caso Espadas

Recio por varios motivos. En primer lugar, porque la norma controvertida en el asunto Plaza Bravo no era aplicable a todos los trabajadores a tiempo parcial. En segundo lugar, porque de los autos no se deducía claramente si la disposición afectaba a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. Por último, porque la normativa en cuestión podía perjudicar de la misma manera a los trabajadores a jornada completa.

Descartados estos principales obstáculos, lo cierto es que no existía el más mínimo problema para que el TJUE pudiera aplicar el concepto de discriminación indirecta. Siendo claro que nos encontrábamos ante una norma aparentemente neutra que produce efectos negativos sobre el colectivo de mujeres de acuerdo con los datos estadísticos aportados por el órgano *a quo*, la principal tarea del Tribunal era la de determinar si existía una causa objetiva que justificara la adopción de esta norma, entendida como una razón que responda a una finalidad legítima de política social, adecuada para alcanzar el objetivo perseguido y necesaria para tal fin.

La justificación aportada por el Gobierno español fue que la diferencia de trato obedecía al principio de «cotización al sistema de seguridad social» y, más exactamente, que «dado que el derecho a la prestación por desempleo y la duración de ésta están en función únicamente del período durante el cual un 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» (38).

Pues bien, a este respecto, aunque corresponde al órgano jurisdiccional nacional interpretar la normativa, lo cierto es que el TJUE ya le facilita algo más que una orientación para resolver el caso enjuiciado (39), por cuanto afirma que la medida cuestionada «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», existiendo otras posibilidades menos gravosas, «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» (40).

Esto devuelve el debate al punto discutido anteriormente. Si las medidas menos gravosas son precisamente las que se aplican a los trabajadores horizontales, que se equiparan en tratamiento a los de jornada completa, entonces el Tribunal está avalando indirectamente la tesis planteada por el órgano *a quo* en cuya virtud la aplicación del principio de no discriminación (indirecta) a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial implica la abolición de cualquier tipo de doble penalización. De esta suerte, la aplicación del principio de proporcionalidad deberá afectar únicamente a uno de los elementos integrantes de la acción protectora. En el presente caso, siendo la cuantía menor por la propia naturaleza de la prestación, no cabía volver a aplicar la regla de la proporcionalidad a la duración. De ser esto así, lógicamente esta regla iría más allá de la Seguridad Social, abarcando otros ámbitos que utilicen reglas similares como el del despido (41).

#### IV. ¿Y AHORA QUÉ? POSIBLES SOLUCIONES

De lo dicho hasta aquí se desprende, de una parte, que el TJUE ha venido a poner solución a un viejo problema que por desidia se encontraba enquistado en nuestro sistema de protección social. De otra, que de la interpretación que viene haciendo de nuestras normas de protección social desde el prisma de la discriminación indirecta parece arrojar como resultado la proscripción de cualquier norma que implique una doble penalización de este tipo de trabajo. Este mensaje de fondo debiera ser tenido muy en cuenta pues, en caso contrario, se sucederán a buen seguro nuevas resoluciones correctoras de los diferentes elementos integrantes de nuestro sistema de Seguridad Social (o laboral).

Al margen de lo general, en lo particular, se impone adoptar medidas legislativas que corrijan el déficit detectado (42). En efecto, con independencia de la concreta solución que el órgano judicial que planteó la cuestión prejudicial dé al caso en concreto, parece muy posible, vista la sentencia europea, que la única solución posible sea la reforma legislativa. El precio que hemos de pagar por treinta años de retraso no es sin embargo éste, sino que el número de opciones de que dispondrá el legislador se han reducido como consecuencia de los límites establecidos por la propia sentencia.

En efecto, antes del caso Espadas Recio, se podían vislumbrar diversos tipos de soluciones a la hora de solventar la problemática derivada del distinto tratamiento en materia de protección por desempleo a los trabajadores a tiempo parcial verticales. Hoy en día, tal y como intentaremos razonar a continuación, las opciones disponibles parece que son menos (43).

A este respecto, una frecuentemente mencionada es la de tener en cuenta la cotización mensual, adaptada mediante el coeficiente de parcialidad que correspondiera en su caso (44). No obstante, también cabría la posibilidad de aplicar esta misma regla sin ajustar por la parcialidad del trabajo (45), manteniendo el incentivo que supone en cuanto a la aceptación de este tipo de trabajo. Esta propuesta es coherente con las reglas de cotización y es la más fácil de aplicar, lo que la hace especialmente atractiva. En concreto, habría que entender que por cada mes efectivamente cotizado habría que computar un mes trabajado, articulando algún tipo de fórmula para el supuesto de períodos inferiores y superiores al mes.

Por lo que hace al primer supuesto, cabrían opciones que van desde las más generosas, que consistirían en entender que basta con que se trabaje un día para computar todo el mes; pasando por las intermedias, que deberían tener en cuenta el tanto por ciento del mes que se ha trabajado; y terminando por las más restrictivas, que sólo computarían el mes en caso de trabajar más allá de un determinado umbral. Los principios de proporcionalidad y de contributividad exigirían ajustar lo más posible a la cotización real efectiva, por lo que la alternativa intermedia sería la más idónea. Para mayor seguridad jurídica habría que concretar que por mes trabajado se entenderá el conjunto de horas que se hayan pactado en contrato, de tal forma que alcanzado ese límite habría que computar el mes entero; por debajo del mismo, la parte proporcional. Asimismo, habría que prever una regla de conversión a días que, teniendo en cuenta lo dispuesto en el [art. 259 LGSS](#) ([anterior 210](#)), debería basarse en la regla de los 30 días.

En lo que hace al segundo, en los supuestos en los que la parcialidad se estableciera en función de módulos superiores al mes, también nos encontramos con alguna dificultad en relación a los meses completos en los que, manteniéndose el vínculo jurídico, no se realiza trabajo alguno y, en consecuencia, no hay cotizaciones (46), salvo que en los casos en los que obliga a su prorrateo (47). Estos últimos supuestos (que nos son todos) quedarían incluidos siempre que se desvincularan de la necesidad de trabajar. Dicho con otras palabras, en este caso, como en el anterior, sería necesario abandonar la noción de ocupación cotizada para sustituirla por la más clásica de los períodos de cotización.

Precisamente la segunda opción conecta con esta idea. Si la particularidad de la ocupación cotizada desaparece y se aproxima el desempleo a otras prestaciones de la Seguridad Social, entonces sería hacer extensibles las reglas previstas para éstas a aquélla. A este respecto, cabrían dos modalidades. De una parte, el traslado sin más, incluyendo al desempleo en el nuevo marco jurídico creado a partir de Elbal Moreno y la [STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013](#) (RTC 2013, 61). De otra parte, aplicar esta vía únicamente a los

trabajadores a tiempo parcial verticales, manteniendo la regla tradicional para los horizontales e incluyendo, en su caso, alguna regla flexibilizadora adicional <sup>(48)</sup>.

Estos nuevos mecanismos correctores fueron introducidos en el apartado segundo de la disposición adicional séptima (actualmente en el [art. 247 LGSS](#)) por la [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 <sup>(49)</sup>, y que estableció nuevos parámetros de cómputo de los periodos de cotización para causar la prestación de jubilación, incapacidad permanente, incapacidad temporal, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad para los trabajadores a tiempo parcial.

En concreto las nuevas reglas descansan en la aplicación de tres pasos diferentes. En primer lugar, hay que modular los periodos de cotización del trabajador a tiempo parcial a la luz de su/s coeficiente/s de parcialidad. Para ello, se computarán los distintos periodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos, y se le aplicará el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable (coeficiente de parcialidad). El resultado será el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período <sup>(50)</sup>.

El segundo paso consiste en calcular el llamado «coeficiente global de parcialidad». Se trata de un porcentaje que representa la parcialidad del conjunto del periodo a que se refiera y que resulta de dividir el número de días trabajados y acreditados como cotizados, tal y como los acabamos de calcular, por el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador o el período de carencia específica según el tipo de prestación de que se trate.

Por último, el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad <sup>(51)</sup>.

Pues bien, de este nuevo mecanismo se ha dicho que opta por una vía intermedia entre la anterior regulación declarada nula por discriminatoria y la más generosa que es precisamente la prevista para el desempleo, esto es, el día trabajado-día cotizado <sup>(52)</sup>. El objetivo fundamental ha sido adecuar a la baja los periodos mínimos exigidos, aplicando estas relativamente complejas reglas que, en fin, dan como resultado que los trabajadores a tiempo parcial, aunque acrediten menos días cotizados que los que están en alta, dichos días resulten suficientes para cumplir con la exigencia de los periodos mínimos de cotización, que quedan reducidos mediante la aplicación del coeficiente general de parcialidad. La alternativa era, por tanto, extender la regla del desempleo al resto de prestaciones.

Tras la sentencia a la que nos venimos refiriendo, podría emprenderse ahora el viaje de vuelta, incorporando al desempleo al resto de prestaciones y estableciendo una única regla para todas las prestaciones. Nótese que en este grupo hay prestaciones muy distintas, que exigen periodos de carencia más largos tomando como referencia el conjunto de la vida laboral (jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia), a otras más próximas en estos aspectos al desempleo (como son la incapacidad temporal y la maternidad y la paternidad).

No obstante, son varios los problemas que plantea esta alternativa. De una parte, implicaría un empeoramiento de las condiciones de acceso del conjunto de trabajadores a tiempo parcial, que verían reducidos el número de días cotizados respecto de la regla actual. De otra, aunque mejora la situación de los trabajadores a tiempo parcial vertical, no los iguala completamente con los horizontales y a tiempo completo, que es lo que la sentencia parece exigir. Si asumimos la tesis de que lo que el TJUE nos viene requiriendo implícitamente es acabar con la doble penalización, tal y como los órganos *a quo* sostienen ponen sobre la mesa, entonces en estas nuevas normas seguiría perviviendo el vicio de la nulidad por discriminación <sup>(53)</sup>, pues tanto la duración como la cuantía (y el acceso) resultarían afectadas por el principio de proporcionalidad, por más que aquella ahora lo haga de una forma menos incisiva.

Al margen de lo anterior, pero en el marco de este mismo análisis, es necesario preguntarse también si existen motivos para diferenciar prestaciones. Si a los argumentos que tradicionalmente se han manejado sumamos el señalado anteriormente, esto es, que existen buenos motivos para no considerar la ocupación cotizada como una institución muy diferente al período de cotización, entonces debería darse un tratamiento homogéneo a todas las prestaciones. Por el contrario, de la simple lectura del [art. 247 LGSS](#) se vislumbra una clara distinción entre el tratamiento que se dispensa a las prestaciones de «tracto largo» (jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia), de las de «tracto corto» (incapacidad temporal y paternidad y maternidad). Ello obedece a que los requisitos de acceso son muy diferentes, ya que las carencias genéricas y específicas de aquellas son más prolongadas que las de éstas. Por este motivo resulta necesario establecer una mayor flexibilidad en el acceso en éstas que en aquellas. Con todo ello queremos decir que la regla proporcional establecida en la reforma de la [Ley 1/2014, de 28 de febrero](#) podría resultar una causa objetiva a la luz de esta nota diferenciadora básica, que podría admitirse como excepción a la exigencia de no modular vía cuantía y duración. Esta excepción no alcanzaría a nuestro juicio a las prestaciones de tracto corto, incluido el desempleo, que deberían tener un tratamiento homogéneo, en el que sólo se modulara, bien duración, bien cuantía, de forma que se mejorara la protección dispensada.

Ahora bien, sobre la base del caso Espadas Recio parece que de estas dos vías posibles para aplicar el principio de proporcionalidad solo una quedaría expedita, la de la cuantía. Así las cosas, la duración debería recibir el mismo tratamiento que en los trabajadores a tiempo completo, bien por la vía del cómputo mensual, con las advertencias que hemos realizado anteriormente, bien acogiéndonos a la siguiente alternativa que pasamos a desarrollar.

La última opción consistiría en mantener la norma tal y como está, pero articulando una regla especial para los trabajadores a tiempo parcial vertical, de tal forma que se les pudiera otorgar un tratamiento idéntico a los trabajadores a tiempo completo. Tal regla podría consistir en incrementar el número de días trabajados en función de la parcialidad de la jornada (lo que el [art. 247 LGSS](#) denomina coeficiente de parcialidad). Si hubiera periodos con distintos porcentajes de parcialidad, a cada uno se le aplicaría el suyo. Esto permitiría mantener la regla «día cotizado-día trabajado» y a la vez salvar los problemas planteados en relación a los trabajadores a tiempo parcial vertical.

En concreto, si dividimos los días efectivamente trabajados por tal porcentaje, el resultado sería equivalente al número de días trabajado por un trabajador a tiempo completo. Por ejemplo, en el caso de un trabajador que trabajara cinco días la semana a media jornada, esto es, dos días y medio a la semana, el resultado serían cinco días ( $2,5/0,5 = 5$ ). En el caso de un trabajador que trabajara el 30 % de la jornada, computarían los cinco días de jornada completa ( $1,5 / 0,3 = 5$ ). Lo mismo ocurre si la parcialidad de la jornada fuera relativamente elevada. En el caso de un trabajador que trabajara el 70% ( $3,5/0,7 = 5$ ). Esta regla tiene además la ventaja de que es susceptible de ser aplicada cualquiera que sea el módulo temporal en cuestión. En este mismo último caso, si la parcialidad de la jornada se refiriera al mes, éste computaría ( $21 / 0,7 = 30$ ) y lo mismo si tomamos como referencia el año.

El problema fundamental de esta alternativa es que nos encontramos ante una ficción jurídica y matemática, pues lo que se consigue es simplemente eliminar la parcialidad de la jornada de tal forma que podamos computar el módulo temporal de que se trate como si a jornada completa se hubiera trabajado. En este sentido sería equivalente a la primera alternativa que hemos explicado, pero evitaría tener que establecer reglas adicionales para los períodos superiores o inferiores mes y permitiría mantener el módulo diario que, por otra parte, es el previsto en el actual [art. 269](#) LGSS.

Sea como fuere, al margen de estas u otras posibles soluciones que se puedan plantear para resolver el problema jurídico planteado en torno al cómputo de las cotizaciones a efectos de la duración de la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial verticales, lo cierto es que lo que verdaderamente nos está proponiendo el caso Espadas Recio es una reconsideración de fondo de la protección dispensada a los trabajadores a tiempo parcial.

Como tuvimos ocasión de adelantar al principio del presente trabajo, éste no es ni el primero ni el último mensaje que se nos lanza sobre esta concreta cuestión desde el TJUE. A diferencia de lo que ocurrió en el caso Elbal Moreno, en el que no se aprovechó la ocasión para efectuar una reforma de fondo y de calado de la protección social del trabajo a tiempo parcial <sup>(54)</sup>, realidad cada vez más frecuente e importante en nuestro mercado de trabajo, podría aprovecharse el asunto Espadas Recio para, al margen de solucionar el concreto problema técnico, vayamos a la cuestión de fondo: qué concreta protección queremos dispensar a los trabajadores a tiempo parcial y qué requisitos de acceso y de determinación de la duración y la cuantía de la prestación queremos establecer para cada tipo de prestación <sup>(55)</sup>.

En caso contrario corremos el riesgo de que el Tribunal de Justicia (incluso nuestros órganos nacionales) vuelva a darnos otro toque de atención, incluso más contundente aún sin cabe, por la protección social de nuestros trabajadores precarios.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M.; Tortuero Plaza, J. L., *Instituciones de seguridad social*, Civitas, Madrid, España, 2000.

Aragón Gómez, C., «La necesaria reforma de la prestación por desempleo en su nivel contributivo», en Mercader Uguina, J. R., Pérez del Prado, D. (eds.) *Reflexiones y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Aragón Gómez, C., «Particularidades del requisito de carencia en la protección por desempleo», en AESSS (ed.) *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015.

Beltrán de Heredia Ruiz, I., «¿Cómo calcular la indemnización por despido en contratos a tiempo parcial?», *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, fecha de consulta 20 noviembre 2017, en <http://ignasibeltran.com/2017/11/28/como-calcular-la-indemnizacion-por-despido-en-contratos-a-tiempo-parcial/>.

Blázquez Agudo, E.M., «La parcialidad como factor disfuncional de la protección por desempleo», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 180, 2015, pp. 99-130.

Cabeza Pereiro, J., «La carencia para el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial: Al hilo de la [STS de 10 de noviembre de 2010 \(RJ 2010. 7980\)](#)», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, n.º 20, 2011, pp. 127-132.

Cabeza Pereiro, J., «Sobre la prestación de desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial», *Aranzadi social*, N.º 5, 2000, pp. 555-570.

Cabeza Pereiro, J.; Lousada Arochena, J. F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999.

del Rey Guanter, S., *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2003.

Desdentado Bonete, A.; Mercader Uguina, J.R., «La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial», *Relaciones Laborales*, vol. II, 1999, pp. 481-515.

Desdentado Bonete, A.; Tejerina Alonso, J. I., «Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º N.º. 85, 1998.

González Ortega, S., «Novedades de la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RD-L 15/1998 y en el [RD 144/1999](#)», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 18, 1999, pp. 169-192.

López Gandía, J., «Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Comentario a la STC 61/2013, de 14 de marzo)», *Revista de derecho social*, n.º 61, 2013, pp. 135-150.

López Gandía, J., *Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo*, Laboratorio de Alternativas, Madrid, 2003.

López Gandía, J.; Toscani Giménez, D., *La Protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Bomarzo, Albacete, 2010.

Martín Correa, J. M., «El contrato a tiempo parcial a efectos de protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 18, 1999, pp. 159-168.

Mercader Uguina, J. R.; López Cumbre, L., «Duración de la prestación por desempleo en la nueva Ley General de Seguridad Social: antiguas inercias y modernas respuestas», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 50, 1995, pp. 20-38.

Olarte Encabo, S., «Las reformas en materia de trabajo a tiempo parcial, pensión de jubilación y prestaciones por desempleo», en Eduardo Rojo Torrecilla, Margarita Isabel Ramos Quintana (eds.) *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Huygens Editorial, Barcelona, 2015 (Colección [LEX](#)).

Pérez del Prado, D., *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control*, Lex Nova - Thomson Reuters, Valladolid, 2014.

Pieters, D., «Reflexiones comparativas sobre los regímenes de desempleo en Europa», en AESSS (ed.) *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015.

Rabanal Carbajo, P. F., «Trabajo a tiempo parcial y desempleo», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 87, 1998, pp. 111-148.

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)», *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, fecha de consulta 20 noviembre 2017, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/mayor-proteccion-por-desempleo-para.html>.

Roqueta Buj, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 174, 2015, pp. 49-71.

Roqueta Buj, R., «Trabajo a tiempo parcial y protección por desempleo», *Revista del poder judicial*, n.º 71, 2003, pp. 69-98.

Ruiz Salvador, J. A., *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo: especialidades de su protección social*, 2003.

Salinas Molina, F., «Protección social del trabajo a tiempo parcial», *Revista de derecho social*, n.º 8, 1999, pp. 9-34.

Valdés Dal-Ré, F., «El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible convivencia entre flexibilidad y seguridad (1)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2002, pp. 51-60.

Viqueira Pérez, C., *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Viqueira Pérez, C., «Protección por desempleo y trabajo a tiempo parcial», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 85, 1998, pp. 104-112.

---

## FOOTNOTES

---

1

Analizado de urgencia por 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)», *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*.

2

Son numerosísimas las reflexiones que se han hecho en torno al caso de Diego Porras (🔗 [STJUE de 14 de septiembre de 2016](#) (TJCE 2016, 111) - C-596/14-), sin que el problema esté ni mucho menos resuelto. De hecho, son muy diversas las interpretaciones que la doctrina judicial ha propiciado acerca del modo en que el ordenamiento jurídico español ha de cumplir con el mandato incluido en esta resolución del Tribunal de Justicia (todas ellas pueden encontrarse en la «Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina de Diego Porras» elaborada por Beltrán Díaz de Heredia, I. en <http://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/>). El último estadio en ese tránsito hacia la resolución definitiva del conflicto es el planteamiento por parte del Tribunal Supremo de una nueva cuestión prejudicial mediante 🔗 [ATS 25 de octubre 2017](#) (RJ 2017, 4698) (Rec. 3970/2016).

3

Tras la 🔗 [STC 61/2013, de 14 de marzo](#) (RTC 2013, 61) (también las 🔗 [SSTC 71/2013](#) (RTC 2013, 71) y 🔗 [72/2013](#) (RTC 2013, 72), ambas de 8 de abril, y 🔗 [116/2013](#) (RTC 2013, 116) y 🔗 [117/2013, de 20 de mayo](#) (RTC 2013, 117).) que, sobre la base de la mencionada sentencia europea, declaró inconstitucional declarar inconstitucional y nula la 🔗 [regla segunda del apartado 1 de la DA. séptima](#) de la LGSS, se dictó la 🔗 [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 (BOE 1 de marzo de 2014, núm. 52) que tenía como objetivo, entre otros, sustituir las normas declaradas nulas por discriminatorias. Sobre esta sentencia *vid.* López Gandía, J., «Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Comentario a la STC 61/2013, de 14 de marzo)», *Revista de derecho social*, 61, 2013, pp. 135-150.

4

Lo que responde, se ha dicho, a «la ausencia de robustas y coherentes orientaciones políticas». Valdés Dal-Ré, F., «El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible convivencia entre flexibilidad y seguridad (1)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2002, p. 56.

5

Miranda Boto, J.M., «El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 127, 2017, p. 34.

---

6

Desdentado Bonete, A.; Tejerina Alonso, J. I., «Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N.º. 85, 1998, p. 88.

---

7

De hecho, se llegó a decir, hace ya algún tiempo, que la problemática derivada de la aplicación de esta regla se había reiterado «hasta la saciedad». Cabeza Pereiro, J.; Lousada Arochena, J. F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999, p. 181.

---

8

BOE de 7 de mayo de 1985, núm. 109.

---

9

Siguiendo la escala del antiguo [art. 210](#), a razón de 30 días cada mes, por doce meses, durante seis años, hacen un total de 2.160.  $\frac{1.387}{2.160} = 64,21\%$

---

10

Apartado 23.

---

11

Primera cuestión, apartado tercero del AJS de 6 de febrero de 2015 (núm. 20/2014)

---

12

Un buen resumen de la difícil relación que se da entre el trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social puede encontrarse en Desdentado Bonete, A.; Tejerina Alonso, J. I., «Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», cit., pp. 88-91. También subrayan estas dificultades Cabeza Pereiro, J.; Lousada Arochena, J. F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, cit., pp. 178-183. Desdentado Bonete, A.; Mercader Uguina, J.R., «La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial», *Relaciones Laborales*, vol. II, 1999, pp. 483-487. Viqueira Pérez, C., «Protección por desempleo y trabajo a tiempo parcial», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 85, 1998, pp. 104-107.

---

13

BOE 4 de agosto de 1984, núm. 186.

---

14

La redacción última de esta disposición adicional provenía del en redacción que procede del [RDL 15/1998, de 27 noviembre](#) (BOE 28-11-1998, núm. 285). Con posterioridad a la reforma de este Real Decreto-Ley se aprobó una norma específica, el [Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre](#), por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE 27-11-2002, N.º 284). Sin embargo, su [art. 2.2](#), reproduciendo casi literalmente lo dispuesto en la disposición adicional séptima de la LGSS, excluye también de su ámbito de aplicación la protección por desempleo. Así, además lo ha entendido en la STS 31 de mayo de 2000 (R.º N.º 2717/1999). En contra, del Rey Guanter, S., *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de la Seguridad Social*. Hoy en día las previsiones de esta norma se contienen el [art. 269](#) LGSS en su versión de 2015.

---

15

Sobre la polémica en torno a la norma vigente, puede consultarse: Rabanal Carbajo, P. F., «Trabajo a tiempo parcial y desempleo», *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 87, 1998, pp. 112-116.

---

16

Pérez del Prado, D., *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control*, Lex Nova - Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 363.

---

17

Numéricamente explicado en Ruiz Salvador, J. A., *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo: especialidades de su protección social*, 2003, pp. 94-95.

---

18

Con anterioridad a esta sentencia, esta regla dio lugar a un importante debate, con posturas contrapuestas, en la doctrina judicial, Sobre estas distintas posturas, *vid.* Cabeza Pereiro, J., «Sobre la prestación de desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial», *Aranzadi social*, N.º. 5, 2000, pp. 518-520.

---

19

FJ. Cuarto. Posteriormente, las [SSTS de 23 diciembre 1994](#) (RJ 1994, 10228) (R.º 1507/1994), de [6](#) (RJ 1995, 1749) y [28 marzo](#) (RJ 1995, 4437) (R.º 2293/1994, R.º 3448/1994), de [19 mayo de 1995](#) (RJ 1995, 3989) (R.º 3868/1994), [3](#) (RJ 1995, 5471) y [26 de julio de 1995](#) (RJ 1995, 6343) (R.º 3872/1994, R.º 4031/1994), de [10 de octubre de 1995](#) (RJ 1995, 7680) (R.º 1235/1995), de [13 de noviembre de 1995](#) (RJ 1995, 8406) (R.º 1528/1995).

---

20

[SSTS 31 de mayo de 2000](#) (RJ 2000, 7167) (R.º 3343/1999) y [9 de julio de 2001](#) (RJ 2001, 7312) (R.º 3251/2000).

---

21

FJ 5.º En el mismo sentido, las [SSTS 16 de marzo de 2007](#) (RJ 2007, 3244) (R.º 435/2006), [17 de abril de 2007](#) (RJ 2007, 5001) (R.º 1/2006) y [4 de abril de 2011](#) (RJ 2011, 3697) (R.º 2129/2010). Sobre esta base se excluía a la prestación por desempleo de la posibilidad de aplicar la teoría

---

22

En otros casos se ha dicho que tiene que ver «con la naturaleza misma de la cotización, por el concepto por el que se cotiza». Viqueira Pérez, C., *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 325. Por cierto, que la autora no viene a distinguir «ocupación cotizada» y «período de cotización» como conceptos distintos.

---

23

Ésta es probablemente la limitación, en cuanto a la exclusión de cotizaciones no vinculadas al trabajo, que más sentido tiene en esta prestación pues, como se ha dicho, el motivo «parece hallarse en el temor a que pueda generarse un derecho permanente a dicha prestación si durante la percepción de la misma se sigue cotizando por ella (cotización gestora), creándose una cadena interminable de cotización-derecho a la percepción». Mercader Uguina, J. R.; López Cumbre, L., «Duración de la prestación por desempleo en la nueva Ley General de Seguridad Social: antiguas inercias y modernas respuestas», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 50, 1995, p. 27.

---

24

*Vid. supra.*

---

25

Aragón Gómez, C., «Particularidades del requisito de carencia en la protección por desempleo», en AESSS (ed.) *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 252-254. Aragón Gómez, C., «La necesaria reforma de la prestación por desempleo en su nivel contributivo», en Mercader Uguina, J. R., Pérez del Prado, D. (eds.) *Reflexiones y propuestas sobre protección social y empleabilidad para jóvenes y parados de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 125-128.

---

26

Alonso Olea, M.; Tortuero Plaza, J. L., *Instituciones de seguridad social*, Civitas, Madrid, España, 2000, p. 226.

---

27

BOE de 17 de octubre de 1980, núm. 250. Posteriormente, tanto la [Ley 31/1984](#), como el [Reglamento 625/1985](#), como las dos versiones del TRLGSS han mantenido el término en su regulación.

---

28

BOE de 24 de julio de 1961, núm. 175. El [art. 47 a\)](#) de Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas («BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 1966) exigía un «período mínimo de cotización»

---

29

BOE de 20 de julio de 1974, núm. 173.

---

30

Art. 9 Règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage, para Francia. Art. 30 Arrêté royal portant la réglementation du chômage, en el caso de Bélgica. En este último supuesto, a los trabajadores a tiempo parcial se les tiene en cuenta el número de horas trabajadas

---

31

Pieters, D., «Reflexiones comparativas sobre los regímenes de desempleo en Europea», en AESSS (ed.) *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, p. 920.

---

32

Párrafo 48 de la sentencia y 45 de las conclusiones de la Abogada General.

---

33

[STJUE 22 noviembre de 2012 \(C-385/11\)](#) (TJCE 2012, 357). Apartado 34.

---

34

Apartados 58 y 60.

---

35

Apartados 65 y 66.

---

36

López Gandía, J.; Toscani Giménez, D., *La Protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 61. Cabeza Pereiro, J., «La carencia para el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial: Al hilo de la [STS de 10 de noviembre de 2010](#) (RJ 2010, 7980)», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, 20, 2011, p. 130. En la doctrina judicial destaca la STSJ Madrid 12 de marzo de 2007 (R.º 5359/2007).

---

37

Razonamiento 4.<sup>a</sup>.

---

38

Apartado 45.

---

39

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)», cit.

---

40

De nuevo, FJ 48.

41

Como agudamente ha señalado Beltrán de Heredia Ruiz, I., «¿Cómo calcular la indemnización por despido en contratos a tiempo parcial?», *Una mirada crítica a las relaciones laborales*.

42

Como ha señalado la doctrina, la solución ha de venir necesariamente de una reforma de la normativa aplicable. «De ahí que el [artículo 3.4 RPD \[RD 625/1985\]](#) resulte disfuncional, pues acaso contemplara una solución adecuada para los contratos a tiempo parcial en 1985, pero no a fecha de hoy. Quizá se haya mantenido –así se ha pretendido manifestar con mayor o menor claridad por la normativa a partir del [RDL 489/1998](#)– a la vista de que, con todo, se trataba de un régimen que, en el común de los casos, facilitaba el acceso a la cobertura y ampliaba su duración. Sin embargo, su mantenimiento constata cierta inercia y pereza legislativa, que deberían superarse. La jurisprudencia no parece que pueda superar estas dificultades sin violentar ostentosamente el tenor legal». Cabeza Pereiro, J., «Sobre la prestación de desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial», cit., p. 562. En el mismo sentido, con un alcance más general del Rey Guanter, S., *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de la Seguridad Social*, cit., p. 249.

43

En todo caso, podríamos excluir del elenco la opción del cómputo de las horas trabajadas, por las razones expuestas en Salinas Molina, F., «Protección social del trabajo a tiempo parcial», *Revista de derecho social*, 8, 1999, pp. 17-18.

44

López Gandía, J., *Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo*, Laboratorio de Alternativas, Madrid, 2003, p. 32. Roqueta Buj, R., «Trabajo a tiempo parcial y protección por desempleo», *Revista del poder judicial*, 71, 2003, p. 84. Roqueta Buj, R., «La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 174, 2015, pp. 49-71. O la fórmula equivalente que sería los períodos en que se encuentre en alta. Ruiz Salvador, J. A., *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo*, cit., p. 95.

45

Pérez del Prado, D., *Prestación por desempleo*, cit., p. 365.

46

González Ortega, S., «Novedades de la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RD-L 15/1998 y en el RD 144/1999», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 18, 1999, p. 177.

47

Blázquez Agudo, E.M., «La parcialidad como factor disfuncional de la protección por desempleo», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 180, 2015, p. 104.

48

Pérez del Prado, D., *Prestación por desempleo*, cit., pp. 364-365.

49

BOE 01-03-2014, N.º 52. Anteriormente, [RDL 11/2013, de 2 de agosto](#), del mismo nombre (BOE 03-08-2013, N.º 185).

50

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

51

Una alternativa próxima a esta es la que sugiere la aplicación de coeficientes multiplicadores y/o aplicar la teoría del paréntesis. Blázquez Agudo, E.M., «La parcialidad como factor disfuncional de la protección por desempleo», cit., pp. 108-109.

---

52

Olarte Encabo, S., «Las reformas en materia de trabajo a tiempo parcial, pensión de jubilación y prestaciones por desempleo», en Eduardo Rojo Torrecilla, Margarita Isabel Ramos Quintana (eds.) *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Huygens Editorial, Barcelona, 2015 (Colección LEX), p. 211.

---

53

*Ibid.*, p. 214.

---

54

*Ibid.*, p. 209.

---

55

Cuantía y duración son los dos ámbitos esenciales sobre los que se proyecta la parcialidad de la jornada en el ámbito de la protección social. Martín Correa, J. M., «El contrato a tiempo parcial a efectos de protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 18, 1999, p. 160.

---

Este artículo forma parte del proyecto de investigación «Un derecho del trabajo para la recuperación: competitividad empresarial y cohesión social» (DER2015-64676-C2-2-P).