

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9-XI-2017,
Espadas Recio contra Servicio Público de Empleo Estatal asunto
C-98/2015**

**CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL:
UNA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA PENDIENTE DE SOLUCIÓN**

Una vez más, como ha ocurrido en los últimos meses, el TJUE ha dado un tirón de orejas al Estado español sobre la manera en que aplica su derecho interno en consonancia con la realidad jurídico-legal derivada de la normativa europea. Como señala el profesor ROJO TORRECILLA, «tenemos una nueva sentencia del TJUE que pone de manifiesto las lagunas jurídicas del sistema de protección interno en punto a su adecuación a la normativa europea» (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/mayor-proteccion-por-desempleo-para.html>).

En esta ocasión, lo discutido tiene como origen un aspecto concreto de la regulación en España del trabajo a tiempo parcial y cuya legalidad se somete a examen en base a los planteamientos comunitarios de igualdad de trato en materia de Seguridad Social. Un tema, el trabajo a tiempo parcial, que plantea numerosos desafíos y constantes controversias en nuestro sistema de protección social.

Procede, pues, un análisis de la sentencia STJUE de 9 de noviembre de 2017, para en la medida que coincidamos con su hilo argumental seamos capaz de ofrecer una solución orientada al cumplimiento de la normativa comunitaria.

Concretamente, la Sra. Espadas Recio trabajó como limpiadora a tiempo parcial, de manera ininterrumpida, desde diciembre de 1999 hasta julio de 2013. Su jornada de trabajo estaba organizada de tal forma que trabajaba los lunes, miércoles y jueves de cada semana dos horas y media y el primer viernes de cada mes cuatro horas.

En definitiva, para situar al lector, en un dato que nos interesa posteriormente, se trataba de un contrato a tiempo parcial vertical (contrato en donde el trabajador presta sus servicios determinados días de la semana) frente a un contrato a tiempo parcial horizontal (contrato en donde la prestación de servicios se realiza durante los días laborales de la semana, si bien, en número inferior a un contrato de jornada completa).

Tras la extinción de su relación laboral, la Sra. Espadas Recio solicitó una prestación por desempleo que le fue concedida por un período de 120 días. Entendiendo que su derecho se extendía a 720 días, máximo legal, interpuso reclamación ante el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) que estimó parcialmente su petición fijando el derecho a la prestación en 420 días. El SPEE justifica su decisión en el art. 210 LGSS 1994 (actual art. 269 LGSS 2015) y el art. 3.4 Real Decreto 625/1985, que, en el caso de trabajo a tiempo parcial, si bien la duración de la prestación por desempleo se determina en función de los días de cotización en los seis años anteriores, solo debían

tenerse en cuenta los días efectivamente trabajados, en este caso 1387, y no los seis años de cotización en su conjunto.

La Sra. Espadas Recio mantiene que la duración de su prestación debería ser de 720 días, en tanto que trabajó por un período mayor a seis años consecutivos en donde estuvo cotizando —con independencia de su horario— 30 o 31 días al mes (2.160 días).

Y el hecho de excluir los días no trabajados —aunque sí cotizados—, a efectos del cálculo de su prestación por desempleo supone introducir una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores a tiempo parcial vertical; puesto que a los trabajadores a tiempo parcial horizontal, al trabajar todos los días, se les concederían los 720 días de prestación. Téngase en cuenta que la Sra. Espadas Recio concentraba sus horas de trabajo principalmente en tres días de la semana, si bien, como se ha señalado anteriormente, cotizaba por los 30 o 31.

Esto ocasiona que sobre los trabajadores a tiempo parcial vertical opere una doble penalización. Por un lado, la derivada de que el menor importe mensual implica que, una vez que se produce la situación de desempleo, el importe de la prestación de desempleo se verá condicionada por ese menor salario mensual. Pero, además, y solo en los casos de trabajadores a tiempo parcial vertical, se reduce la duración de su prestación puesto que solo se tienen en cuenta los días trabajados, a pesar de que el período de cotización, como en el caso de la Sra. Espadas Recio, supera los seis años con creces. Se considera, por tanto, que el principio *pro rata temporis* se aplica dos veces.

Ante esta situación el Juzgado n.º 33 de Barcelona plantea una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE. Desde el momento que la sentencia del TJUE ha contestado negativamente a la primera, no respondido a la segunda y afirmativamente a la tercera, procede centrarnos en esta última.

Concretamente, la pregunta dirigida al Tribunal comunitario se refiere a que si [¿Debe interpretarse] la prohibición de discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, que contempla el art. 4 de la Directiva 79/7 [en] el sentido [de] que impediría o se opondría a una norma nacional que, como ocurre con el artículo 3, apartado 4, del [RD 625/1985], en los casos de trabajo a tiempo parcial «vertical» (trabajo solo tres días a la semana), [excluye] del cómputo como días cotizados los días no trabajados, con la consiguiente minoración en la duración de la prestación por desempleo?

La esencia de la cuestión planteada por el Tribunal español se centra en admitir que el art. 3.4 Real Decreto 625/1985 supone una discriminación indirecta con respecto a las mujeres, ya que, a pesar de una aparente neutralidad de la norma, el grupo de trabajadores a tiempo parcial se encuentra constituido por una amplia mayoría de trabajadoras. Y ante esto el Tribunal Europeo realiza dos consideraciones:

1. Los datos estadísticos aportados al proceso y avalados por fuentes oficiales determinan que un 70% a 80% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Con lo que puede afirmarse que esta medida de calcular la prestación de desempleo perjudica a un mayor número de mujeres que de hombres.

2. Si bien el Gobierno español mantiene que debe haber una correlación entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y el derecho en materia de prestación por desempleo, nos encontramos con que un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior que la de un trabajador a jornada completa —o un trabajador a tiempo parcial horizontal— que haya abonado las mismas cotizaciones.

Todo lo anterior determina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considere que el «artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa».

A partir de aquí resulta necesario realizar una serie de consideraciones finales:

1. Ciertamente, el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, castiga doblemente a los trabajadores a tiempo parcial de tipo vertical. Puede afirmarse que siempre que se trata de forma peyorativa al trabajo a tiempo parcial se está cometiendo una discriminación indirecta, puesto que las mujeres son mayoritariamente quienes ocupan estos trabajos a tiempo parcial.
2. La importancia práctica de lo planteado reside en el elevado número de personas que trabajan solo algunos días de la semana y los efectos económicos que la sentencia comporta a la hora de establecer la duración de la prestación de desempleo.
3. La STJUE, en definitiva, admite que la normativa española provoca una diferencia de trato no justificada por razón de sexo, a través de una norma, aparentemente neutra. De este modo provoca una discriminación indirecta.
4. En cualquier caso, parece evidente que la conjunción del art. 269 LGSS con el art. 3.4 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, no se corresponde con la correlación que debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo.
5. El principio de proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial, frente al trabajo a tiempo completo, debe tenerse en cuenta, si bien esto ya se considera a la hora del cálculo de la prestación, por lo que debe esforzarse nuestra legislación en evitar una doble penalización (forma de cálculo de la prestación y requisitos de acceso).
6. Finalmente, nos parece acertada la línea en la que se está trabajando en el Congreso de los Diputados, mediante la reforma del art. 269 LGSS y derogación del art. 3.4 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, para «establecer un sistema de cálculo de carencia común para las personas que trabajen a tiempo completo y a tiempo parcial, que supere las penalizaciones, y que resulte homogéneo para

todas las prestaciones de Seguridad Social». Esto es no solo necesario sino urgente desde el momento en que es la única vía para dar un correcto cumplimiento a la respuesta del TJUE. Y, evidentemente, solo se conseguirá si se establece un único sistema de cálculo para la carencia en todas las prestaciones de Seguridad Social que debe ser el del tiempo en alta en la misma (https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi-yxPKn7uTZAhUKvxQKHdj_AVAQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.congreso.es%2Fpublic_oficiales%2FL12%2FCONG%2FBOCG%2FB%2FBOCG-12-B-195-1.PDF&usg=AOvVaw2k-0OE5CxPXb7c3MXCZAQT).

Francisco A. GONZÁLEZ DÍAZ
Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
francisco@um.es