

TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: CONSECUENCIAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL¹

PRIVACY AND PERSONAL DATA PROTECTION OF WORKERS: CONVERGENCE OF LEGAL AND JUDICIAL SOLUTIONS IN EUROPE

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Extremadura

<https://orcid.org/0000-0002-5395-0224>

fjhierro@unex.es

RESUMEN

En el período reciente la conflictividad acerca del cómputo de los períodos de cotización para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social respecto de las personas que desarrollan su actividad a tiempo parcial ha alcanzado un gran protagonismo, en buena parte por la acción directa del TJUE. Se analizan en el presente estudio los pronunciamientos recaídos y su incidencia interna.

Palabras clave: Desempleo, jubilación, discriminación por razón de género, trabajo a tiempo parcial.

¹ El presente trabajo se realiza en el marco de los Proyectos de Investigación "Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales", Ref. RTI2018-097917-B-100 y "Sostenibilidad y suficiencia del sistema público de pensiones: ¿un diálogo imposible?", RETOS 2017, Ref. DER2017-86394-C2-1-R, financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Agencia Estatal de Investigación) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

ABSTRACT

In the recent period, the conflict over the calculation of contribution periods for access to Social Security benefits with regard to people who carry out their part-time activity has had a great prominence, largely due to the direct action of the TJUE. The relapsed pronouncements and their internal incidence are analyzed in this study.

Keywords: Unemployment, retirement, gender discrimination, part-time work.

RESUMO

No período recente a conflitividade acerca do cómputo dos períodos de cotización para o acceso ás prestacións da Seguridade Social respecto das persoas que desenvolven a súa actividade a tempo parcial alcanzou un gran protagonismo, en boa parte pola acción directa do TXUE. Analízanse no presente estudo os pronunciamentos recaídos e a súa incidencia interna.

Palabras clave: Desemprego, xubilación, discriminación por razón de xénero, traballo a tempo parcial.

1. UNA VISIÓN PANORÁMICA: LA SITUACIÓN DE PARTIDA (UNA MÁS QUE EVIDENTE FEMINIZACIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL)

1.1. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS CON LOS QUE CONTEXTUALIZAR ESTA REALIDAD

1.1.1. La causalidad del auge de la contratación a tiempo parcial

El artículo 12 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, concreta el contenido del contrato de trabajo a tiempo parcial. Dispone a tal fin que este tiene lugar cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana,

al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable -sobre la evolución normativa de esta figura y su distinto tratamiento (García Valverde & Khurtsidze, 2018, págs. 249-252)-.

Inicialmente esta modalidad contractual fue configurada como medida de política de fomento de empleo, de lucha contra el desempleo. En el marco de los planteamientos de reparto del trabajo, desde la perspectiva de compartir el tiempo de trabajo y aumentar consiguientemente las posibilidades de empleo es donde encontraba su oportuno cobijo (Durán López, 2005, pág. 16). De manera significativa esta estrategia se visualizó como extraordinariamente útil para determinados colectivos con especialidad dificultades de inserción laboral (García Valverde & Khurtsidze, 2018, pág. 252).

No obstante, pronto tornaron estos postulados originarios (incorporación de ciertos sectores de la población al mercado de trabajo). Una y otra vez de manera reiterada y desde diferentes planos, nacionales e internacionales (cfr. considerandos de la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES), se hacían ver las enormes ventajas que encerraba esta figura tanto para las personas trabajadoras como para el sector empresarial ofreciendo una organización más flexible del trabajo, correspondiendo así a los deseos de las primeras y a los requisitos de la competencia para el segundo.

La flexibilidad que ofrece a quien ostenta el poder organizativo en la empresa (jornadas adaptadas a cualesquiera circunstancias de la producción), de una parte, y las posibilidades de conciliar vida laboral, profesional y personal para el colectivo de trabajadores (modulación del tiempo de trabajo) -sin ocultar los riesgos que esta figura entraña para ciertos colectivos singularmente vulnerables por cuanto ofrecen escasas posibilidades de promoción profesional, implican poca o nula responsabilidad y son, por lo general, empleos en salarios y reconocimiento extraordinariamente bajos (Borrajo Dacruz, 1978, págs. 49-50), situando a este colectivo en una posición marginal

dentro de la estructura productiva, social y económica organizada a tiempo completo repercutiendo desfavorablemente de cara a la obtención de prestaciones futuras, de modo significativo, de la pensión de jubilación (Monereo Pérez & Guindo Morales, 2019)-, de otra, se convirtieron a partir del año 1993 en las reglas maestras de su configuración jurídica (Benavente Torres, 2005, págs. 30-31).

Y ello sin olvidar, esto es conviviendo con aquellas premisas oriundas pero de un modo atenuado, sus primeras atribuciones relacionadas con las estrategias familiares (atención a las responsabilidades familiares y compromiso con las políticas de fomento de la natalidad) y de cobertura apresurada ante la escasez de mano de obra en ciertos sectores (Valdés Dal-Ré, 2005, págs. 15-16).

Este giro o transformación en su naturaleza ha propiciado que el contrato de trabajo a tiempo parcial se haya convertido en la actualidad en una de las principales, o quizás en la única, vías de acceso y permanencia en el empleo para distintos colectivos, de modo destacado para aquellos tradicionalmente catalogados como desfavorecidos en el ámbito laboral (jóvenes, mujeres, víctimas de violencia de género, personas con discapacidad...) (Olarte Encabo, 2008, pág. 177 y ss.).

Se ha visto relegada a un segundo plano su naturaleza primaria, su papel secundario y de acompañamiento junto al contrato de trabajo a jornada completa y estable como regla maestra de las relaciones laborales en el ordenamiento jurídico interno, y se ha recubierto de un relevante hado en el campo del empleo por el favor derivado de las medidas de flexibilidad en la organización del trabajo que este representa. Es, como afirma un sector de la doctrina científica, esta versatilidad del trabajo a tiempo parcial la razón que explica su ascenso al "estrellato" laboral (Valdés Dal-Ré, 2005, pág. 15).

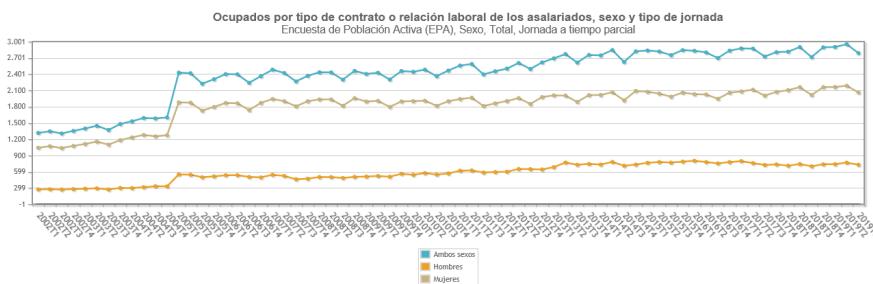
El trabajo a tiempo parcial, en fin, constituye en la actualidad una figura contractual de significativa relevancia y empaque por el importante número de personas trabajadoras que han accedido a esta modalidad

contractual, adquiriendo valor de manera propia, de modo individualizado.

1.1.2. Una mirada numérica en la que contrastar su relevancia

El mejor instrumento para mostrar al lector esta realidad aludida *supra*, como en tantas otras ocasiones, reside en el recurso a datos estadísticos. Se quiere con ello ofrecer con un simple golpe de vista la importancia cuantitativa que esta figura reviste en el panorama laboral español, sin que, por el contrario, se abrume con un exceso de cifras que impidan tomar plena conciencia de la situación presente. De ahí que se ofrezcan simplemente unas pequeñas pinceladas acerca del número de ocupados a tiempo parcial; de los contratos registrados y se presenten estos segregados por razón de género, por cuanto ese aspecto reviste una transcendental importancia como será analizado *infra*.

Así, de una parte, con relación a los tres últimos lustros, el número de ocupados a tiempo parcial mantiene una tendencia sostenida al alza, elevándose de los poco más de dos millones cuatrocientos mil de comienzos del año 2005 casi hasta los tres millones del año 2019.



(INE, Ocupados a tiempo parcial por motivo de la jornada parcial, sexo y grupo de edad, 2019)

No obstante, estas cifras distan de un modo importante respecto de las existentes a comienzos del milenio. Obsérvese cómo en los inicios del año 2002 eran poco más de un millón trescientos mil (1.314.500) los ocupados a tiempo parcial.

Se ha duplicado, por tanto, la cifra en ese período, produciéndose un destacado incremento con un salto relevante entre los años 2004 y 2005.

Los números gruesos, en general, con pequeñas oscilaciones de subida y bajada, mantienen desde entonces una clara tendencia de subida en términos globales, sin que existan grandes diferencias entre mujeres y hombres en esa secuencia alcista. En lo que es la línea ascendente marcada para ambos bloques, observándose una senda continuista y sostenida tanto para las mujeres como para los varones.

Los datos son mucho más elocuentes si lo que se compara son los contratos registrados. En la última década el número de contratos a tiempo parcial ha crecido desde los 3.952.900 para el año 2009 hasta los casi ocho millones del año 2018 (7.978.100). O, en otros términos, se ha producido un aumento que duplica esta modalidad contractual. Por su parte, los contratos a tiempo completo, para igual período, han aumentado desde algo más de diez millones de contratos (10.068.900) hasta los 14.313.600, o lo que porcentualmente equivale a una progresión del cuarenta por ciento. Tendencias ambas a reproducirse para el año en curso de acuerdo con los datos registrados de enero a septiembre de 2019 (Ministerio de Trabajo, 2019).

Las distancias, por ende, entre ambas figuras tienden a acortarse en un período de tiempo no excesivamente amplio ante el aumento imparable y exponencial de este tipo contractual.

En términos de conjunto, por tanto, son ya algo más del treinta y cinco por ciento de los contratos suscritos en España los que se hacen mediante esta modalidad del total de 22.291.700 contratos celebrados en 2018.

No cabe duda de acuerdo con estas cifras de la importancia y auge que el contrato de trabajo con una jornada de trabajo reducida sobre el trabajador a tiempo completo comparable despliega hoy en el mundo de las relaciones laborales en España, ocupando un lugar más que destacado.

1.1.3. Las diferencias entre los colectivos masculino y femenino: la clara feminización pasada, presente y quizá

futura de la contratación a tiempo parcial en el territorio nacional

En lo que ahora interesa, además, sí que son manifiestas las diferencias por razón de género que presenta la contratación a tiempo parcial en el territorio nacional.

Con esta perspectiva de género, de una parte, es destacable que en el año 2018 fueron 12.357.000 los contratos registrados por varones y de estos algo más de tres millones lo fueron a tiempo parcial, lo que equivale a un 26,38 por ciento. Por el contrario, para el colectivo femenino, de los casi diez millones de contratos suscritos (9.934.100) casi la mitad (4.717.700) lo hicieron en esta modalidad de jornada reducida o, en términos más precisos, el 47,5 por ciento de los contratos se firmaron a tiempo parcial (Ministerio de Trabajo, 2019).

Las diferencias son abultadas respecto a los contratos registrados, duplicando las unas a los otros.

Además, tomando como referencia los últimos datos disponibles, para el tercer trimestre del año 2019 y con relación al número de ocupados, las cifras son las siguientes:

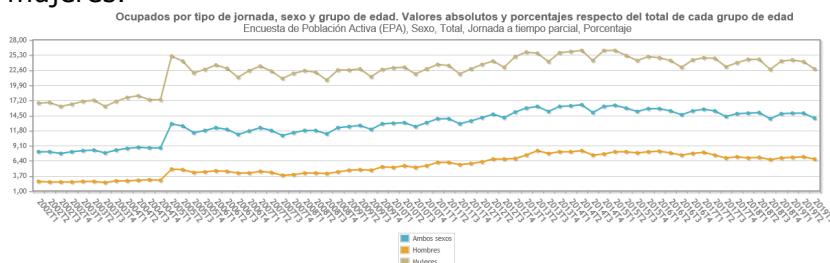
	Total
	2019T3
Ambos sexos	
Total	19.874,3
Jornada a tiempo completo	17.085,1
Jornada a tiempo parcial	2.789,2
No clasificable	..
Hombres	
Total	10.824,5
Jornada a tiempo completo	10.097,4
Jornada a tiempo parcial	727,1
No clasificable	..
Mujeres	
Total	9.049,8
Jornada a tiempo completo	6.987,7
Jornada a tiempo parcial	2.062,1

No clasificable

..

(INE, Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y tipo de jornada, 2019)

O lo que es lo mismo, en términos porcentuales los ocupados a tiempo parcial para el colectivo de varones apenas ronda el siete por ciento (6,71% -cifra en la que se ha movido en la última década-) frente a más del veintidós por ciento (22,78 por ciento -superando en no pocas ocasiones la barrera del 25 por ciento en estos años de moderada recuperación económica postcrisis-) para las mujeres.



(INE, Ocupados por tipo de jornada, sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada grupo de edad, 2019)

Es decir, la diferencia dentro de los propios colectivos, esto es comparada entre iguales, equivale a más del triple de ocupados entre unas y otros.

O recogido de otro modo y de modo aún más elocuente. Fijando la mirada en exclusiva sobre las personas trabajadoras ocupadas a tiempo parcial en términos de conjunto, en su generalidad, es especialmente interesante poner en valor que casi el setenta y cinco por ciento de estos ocupados con jornada reducida (73,9%) es representado por mujeres frente al 26% de ocupados varones.

Es decir, ya se analicen las cifras por colectivos individualizados, ya se exploren en términos comparativos entre unos y otros, los resultados son palpables con el siempre más que evidente predominio del colectivo de mujeres en la contratación a tiempo parcial, duplicando o triplicando al género masculino según la metodología utilizada.

Ya han quedado expuestos *supra* las diferencias respecto de los datos de los últimos contratos registrados entre mujeres y hombres, donde las primeras una vez más duplican a los segundos.

El aumento paulatino y constante del uso de este modelo contractual tal y como se observa con nitidez en los gráficos y cifras expuestas lleva a afirmar que este ha dejado de ser algo residual o excepcional para convertirse en habitual en el tráfico de las relaciones laborales, llegando incluso a ser un modelo de vida laboral consolidado para muchos de los trabajadores (García Valverde & Khurtsidze, 2018, pág. 246).

Puede sostenerse, además, que ha existido a lo largo de los años y actualmente convive una clara feminización del trabajo a tiempo parcial en España, tendencia a medio o quizás largo plazo a perpetuarse y con una línea clara a cronificarse.

Dista mucho de alcanzarse una equiparación real en este plano en un futuro próximo o mediato. La desaparición de las diferencias concurrentes entre los colectivos masculino y femenino con relación al trabajo a tiempo parcial exigen de notables esfuerzos por cuanto los puntos de partida se encuentran singularmente alejados.

Basta traer a colación para sustentar esta afirmación la comparativa de cómo crece el número de ocupados varones y mujeres a tiempo parcial en las últimas décadas. Así, frente al incremento del 200% para el colectivo de la mujer (de 1.041.800 personas ocupadas en el primer trimestre del año 2002 se ha pasado a 2.062.100 en el tercer trimestre del año 2019) en el de los varones para igual espacio temporal el aumento ha supuesto en torno al 270% (se ha ido de 272.700 personas a 727.100) (INE, Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y tipo de jornada, 2019).

Las distancias entre ambos grupos de población están lejos de borrarse ya que en algo menos de dos décadas las diferencias entre ellos solo se han visto reducidas en un 9%, tomándose como referencia los varones ocupados a tiempo parcial respecto de las mujeres bajo igual figura contractual en el período de referencia (2002-2019).

Más evidente es la distancia entre estos colectivos cuando lo que se contrasta es el porcentaje anteriormente referenciado (6,71% frente a 22,78%) de los ocupados a tiempo parcial respecto de su propio grupo de acción (hombres o mujeres).

1.2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Ante esta situación, en la que el contrato de trabajo a tiempo parcial ha pasado de ser algo residual o anecdótico o quizá excepcional y de uso limitado frente al recurso del contrato de trabajo a tiempo completo como elemento normal o pleno en el campo de las relaciones laborales (Valdés Dal-Ré, 2005, pág. 1) a una figura de enorme relevancia, se hace preciso realizar una aproximación a las consecuencias que el mismo entabla desde el prisma de la Seguridad Social, esto es, de la protección social de las personas ocupadas con una jornada de trabajo minorada respecto de un trabajador a tiempo completo comparable.

A nadie escapa que el trabajo a tiempo parcial también lleva implícitos en este campo obligaciones y derechos. El apartado 1 del artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social así lo constata, sin que la excepcionalidad contemplada en el apartado 5 de este precepto legal haya tenido hasta el momento más que una aplicación secundaria y en nada exonere de su ámbito de aplicación en términos ni globales ni parciales a las personas que prestan sus servicios bajo esta modalidad contractual. Con independencia de cuánto pueda llegar a ser la reducción de la jornada pactada.

No puede dejar de mencionarse en este sentido, no obstante, que la configuración actual de la Seguridad Social española mantiene en algunas (o posiblemente muchas) de sus instituciones clásicas una concepción conservadora de las relaciones laborales, trabajo de duración indefinida y a tiempo completo, acordes respecto a exigencias tales como períodos de carencia generales o específicos generosos para lucrar las prestaciones del sistema de protección social que quizá hoy no encajan adecuadamente en cómo se

desarrollan las relaciones laborales en el territorio nacional: tardía incorporación al mercado de trabajo, bajas cotizaciones, amplios períodos de desempleo, movilidades internacionales, trabajo a tiempo parcial y temporalidad de este....

Con las adaptaciones oportunas, es cierto, a lo largo de los años ha pretendido adaptarse con mayor o peor fortuna a estas nuevas y pujantes figuras contractuales en el marco de las relaciones laborales nacional [en la materia que ocupa esta colaboración son más de dos décadas conflictivas (Maldonado Molina, 2019, pág. 180 y ss.) y (Álvarez Gimeno, 2019)].

Sin embargo, en los últimos tiempos se han mostrado dos realidades que han puesto de manifiesto que no existe una plena adecuación en la regulación de las prestaciones sociales para las personas que han desarrollado su actividad profesional bajo la modalidad del contrato de trabajo a tiempo parcial. Cada día más importante en número (y con una mayor incidencia presupuestaria en las ya mermadas cuentas de la Seguridad Social) y con rasgos definitorios propios (feminización).

Han sido los campos de la protección por desempleo y de la prestación por jubilación donde el sistema jurídico ha tensado sus costuras, declarándose por los Tribunales (nacionales y europeos) inapropiadas las regulaciones existentes.

El estudio singularizado de cada una de estas temáticas constituye el objeto del presente trabajo haciéndose, no obstante, un claro paralelismo entre ambas. No puede obviarse que el resultado final de los dos conflictos planteados se encuentra mediatizado de un modo más que relevante porque en las regulaciones debatidas se trata de forma peyorativa al trabajo a tiempo parcial (Pérez del Prado, 2018, pág. 297) o, lo que es lo mismo, se comete una discriminación indirecta por razón de sexo en tanto que en la actualidad las mujeres son mayoritariamente quienes ocupan los trabajos realizados a tiempo parcial (González Díaz, 2018, pág. 350). No en vano es oportuno recordar que en el momento presente casi el setenta y cinco por ciento de la ocupación parcial es desempeñada por mujeres

frente a poco más del veinticinco por ciento realizado por varones.

Siendo este el foco de atención y estos los antecedentes se llevará a cabo, en primer lugar, una presentación de la regulación previa sobre las materias señaladas para, en segundo lugar, acometer el análisis detallado y minucioso de los pronunciamientos judiciales recaídos en el pasado más próximo, que han venido a suponer una modificación de calado de las normas precedentes prestando una especial atención a las resoluciones emanadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [en tanto que no puede dejar de mencionarse el carácter de creación disruptiva que tiene la jurisprudencia del TJUE como genuina fuente de (innovación del) Derecho nacional, en nuestro caso del trabajo (y también del Derecho de la Seguridad Social, pese a no existir una competencia específica, salvo en materia de coordinación) (Molina Navarrete, 2019, pág. 20)].

2. UN BREVE REPASO A LA REGULACIÓN RECIENTE: LAS NORMAS CUESTIONADAS (EL COMPLEJO CÓMPUTO DE LOS PERÍODOS COTIZADOS)

2. EN MATERIA DE DESEMPLÉO: CÓMPUTO DE LOS PERÍODOS COTIZADOS A EFECTOS DEL CÁLCULO DE LA DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN

El Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, desarrolla reglamentariamente la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo. En su articulado primario eran numerosas las referencias que aludían al desempeño del trabajo a tiempo parcial y sus implicaciones con la finalización de la actividad laboral. Aspectos sobre el régimen de compatibilidades e incompatibilidades entre prestación y trabajo, siendo oferente de una nutrida y rica casuística (percepción de prestación o subsidio y colocación a tiempo parcial, situaciones de pluriempleo a tiempo completo y a tiempo parcial y pérdida de alguno de ellos...), cuestiones acerca de la cotización, elementos atinentes a la

duración del desempleo parcial... fueron abordados en esta norma.

En lo que ahora interesa destacar, el apartado 4 de su artículo tercero dispuso a efectos del cálculo de la duración de la prestación que cuando las cotizaciones acreditadas correspondieran a un trabajo a tiempo parcial, cada día trabajado se computaría como un día cotizado, con independencia de la duración de la jornada.

Pese a los cambios normativos producidos con posterioridad sobre el contrato de trabajo a tiempo parcial y el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social esta materia ha permanecido inalterada a lo largo de los años.

Como afirmaba el Alto Tribunal, ello permitía "sostener que la prestación contributiva de desempleo de quienes venían prestando servicios mediante contratos a tiempo parcial habrá de reconocerse en atención al número de días trabajados, con independencia del volumen de la jornada diaria o semanal, resolviéndose de este modo la situación de los trabajos parciales "horizontales"" [vid. SSTS 10 noviembre 2010 ECLI:ES:TS:2010:6533; 29 noviembre 1995 (RJ 1995, 8769) y 23 diciembre y 3 noviembre 1994 (RJ 1994, 10228 y 8589); y sobre la duración para los trabajadores a tiempo parcial con acumulación de actividad en períodos concretos, cfr. SSTS 13 febrero, 16 marzo y 17 abril 2007 (RJ 2007, 3244, 1777 y 5001), puede consultarse en este sentido con una lectura más amplia (Pérez del Prado, 2018, págs. 305-306)].

2.2. DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUBILACIÓN: SOBRE LA ACREDITACIÓN DE LOS PERÍODOS DE CARENCIA Y PORCENTAJES APLICABLES A LA BASE REGULADORA

2.2.1. Su entendimiento, en una primera etapa, como ajustado a Derecho

En el campo de la protección ante la situación de vejez el punto de partida no era diferente al glosado con relación al desempleo. También ha permanecido inalterado durante décadas el grueso de la fórmula de cálculo de la prestación por jubilación para los trabajadores a tiempo parcial.

Así, ha regido durante un amplio espacio temporal la regla instaurada por el Real Decreto-ley 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 con el que se dotaba de una nueva redacción a la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Se dispuso a tal fin, en lo que ahora interesa, que para la acreditación de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación exclusivamente serían computables las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales. A este número de días teóricos de cotización se le aplicaría el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarían acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. Por último, el tiempo cotizado conforme a las reglas anteriores será el computable para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación.

Fueron numerosas las ocasiones en las que esta disposición adicional vio cambiar con el paso de los años su redacción originaria: la modificación del apartado 2 por la disposición adicional 10 de la Ley 12/2001, de 9 de julio (incluyendo una referencia al 15.8 del Estatuto de los Trabajadores); de las letras a) de las reglas 2 y 3 del apartado 1 por la disposición adicional 18.19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (señalando la nueva prestación por paternidad); la incorporación de la letra d) de la regla 3 por la disposición final 3.8 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre (fijando la posibilidad de reconocimiento de las prestaciones de maternidad y paternidad mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social); la modificación del apartado 2 por la disposición adicional 40.3

de la Ley 27/2011 (extendiendo la aplicación de dichas reglas a los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social) o la inclusión de nuevo apartado 3 por la disposición final 5.7 de la Ley 3/2012, de 6 de julio (sobre la cotización por las horas extraordinarias realizadas por trabajadores contratados a tiempo parcial -dejado sin efecto por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre-).

Sin embargo, durante tres largos lustros no se vio afectado el texto atinente a los períodos de cotización contenidos en la regla segunda de su apartado 1 y recogidos *supra*.

Sobre la norma de conflicto, la doctrina jurisprudencial mantuvo un criterio unificado en las SSTS 16 octubre 2007 (Rec. 127/07), 11 y 25 junio y 23 octubre 2008 (ECLI: ES:TS:2008:4514, ECLI: ES:TS:2008:5085 y ECLI: ES:TS:2008:6576). Para estas, se trata de atender al tiempo efectivamente trabajado y cotizado, pero corrigiéndolo con un coeficiente multiplicador con el que se trata de asegurar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, sin que ello suponga establecer una igualdad absoluta en cuanto al cómputo de las cotizaciones efectuadas en relación con las realizadas por el trabajador a jornada completa.

Se afirma en estos pronunciamientos que, citando la STS 10 julio 2007 (ECLI: ES:TS:2007:6504):

"[...] se traía a un primer plano la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los contratos a tiempo parcial y el modo de determinar los períodos de cotización, a efectos de lucrar prestaciones de la Seguridad Social. En la sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el párrafo segundo del artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del Texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establecía que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de la Seguridad Social, se computarán exclusivamente las horas trabajadas; no le pareció al Tribunal justificado el establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de

carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, diferencia que consideró arbitraria y que conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección del sistema a los trabajadores a tiempo parcial. Además de otras razones, la sentencia tomó en cuenta el hecho de que "el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga, a la luz de la doctrina antes expuesta, a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre el cómputo de períodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mayor de mujeres que de hombre (disparate affect), para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el artículo 14 de la Constitución, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio". [...].

En dicha sentencia, después de recordar la norma que exige el período de carencia necesario para la prestación de que se trate -en aquel caso de incapacidad temporal por contingencias comunes- y las meritadas reglas del art. 3 del RD 1131/02, se hace eco de la interpretación constitucional de las mismas con las siguientes palabras: "Pues bien, aunque la primera de las dos precitadas normas, es decir, la del apartado a), regla 2^a, de la adicional 7^a de la LGSS (que, por su rango legal, en cualquier caso, resulta de obligado cumplimiento para los integrantes del poder judicial, al menos mientras el Tribunal competente no declare su inconstitucionalidad [según publicó el BOE del 11/12/2006, existe al menos una cuestión de constitucionalidad planteada en relación con dicha norma, por posible vulneración del art. 14 CE]), parece mantener un criterio riguroso en orden a la determinación del período de carencia necesario para acceder a la prestación de incapacidad temporal, pues la división por cinco de las horas trabajadas en un empleo a tiempo parcial posiblemente no se aleje del principio de proporcionalidad estricta si lo comparamos con los trabajadores a tiempo completo, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, y con relación a esta nueva previsión, ha admitido que se trata de una regla correctora que tiene la finalidad de facilitar el acceso a la protección

de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: "Así, se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientas veintiséis horas anuales (esto es, la duración máxima de la jornada anual según el art. 34.1 LET, excluidas las horas extraordinarias), de suerte que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, según ha quedado expuesto" (párrafo 6º, FJ 3º TC 253/04).

Mas clara resulta la regla correctora introducida por el párrafo 2º del art. 3.1 del RD 1131/02 cuando prevé, en relación con el período en el que ha de reunirse la cotización mínima para acceder a la prestación debatida (los últimos cinco años anteriores al hecho causante), que dicho período o lapso de tiempo "se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente" (2º párrafo del nº 1 del art. 31 del RD 1131/02). Esta regla especial sobre el incremento proporcional del período inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante [cuestión ésta sobre la que esta Sala se ha pronunciado recientemente en la repetida sentencia de 10 de julio de 2007 y en otra anterior, del 29 de enero de 2007 (R. 4667/05), referida a la prestación de maternidad], tiene por objeto, como el Tribunal Constitucional ha reconocido, "facilitar su cumplimiento cuando las cotizaciones derivan de contratos a tiempo parcial" (párrafo 8º, FJ 3, TC 253/04). Y aunque en el caso aquí enjuiciado esta concreta previsión carezca de incidencia porque, como se dijo, no consta que la actora tenga otra carrera de seguro sino los 211 días cotizados al 50 por 100 entre el 19 de agosto de 2004 y el 17 de marzo de 2005, lo cierto es que, como se desprende de lo precedentemente razonado, las normas en cuestión corrigen con carácter general el principio estricto de proporcionalidad proscrito en su día por el Tribunal Constitucional (TC 253/04 y 49/05)".

En fin, durante este amplio espacio temporal las normas que centran la atención de este estudio (aunque siempre se han encontrado en entredicho) han gozado de una aplicación recta y ordenada entendiéndose acordes al ordenamiento jurídico nacional, ajustándose al marco constitucional y comunitario.

2.2.2. Su cuestionamiento (segunda etapa) en el orden comunitario y las dudas sobre su adecuación a los principios constitucionales

2.2.2.1. *El parecer del TJUE: STJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11 (ECLI:EU:C:2012:746)*

A comienzos de la década que ahora se encuentra próxima a su finalización tuvieron lugar dos pronunciamientos jurisdiccionales de la máxima relevancia que trastocaron la hasta ahora aceptada regulación del cómputo de los períodos de cotización para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social para los trabajadores a tiempo parcial de acuerdo con la normativa resultante de su regulación del año 1998 [sobre otros antecedentes jurisprudenciales en el ámbito comunitario (Ron Latas, 2013, págs. 59-63) y en el campo constitucional, con estudio detallado de las resoluciones habidas (García Ninet & Vicente Palacio, 2013, págs. 241-267)].

De una parte, la STJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11 (ECLI:EU:C:2012:746) resuelve la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona sobre si “¿La prohibición de discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, que contempla el art. 4º de la Directiva 79/7 debe ser interpretada en el sentido que impediría o se opondría a una norma nacional que –como consecuencia de la doble aplicación del “principio pro rata temporis”– exija a los trabajadores a tiempo parcial (en su inmensa mayoría, mujeres) en comparación a los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación

contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada?" [un análisis conciso y pormenorizado a esta materia (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519)].

A lo que procede responder, concluye el Tribunal, que "el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada". De modo resumido, el objeto de debate presenta los siguientes antecedentes:

- La actora había trabajado exclusivamente a tiempo parcial durante 18 años.
- Solicitud de pensión de jubilación le fue denegada por la entidad gestora por no reunir el período mínimo de cotización de quince años. La reclamación administrativa tuvo igual éxito.
- Instada demanda ante el Juzgado de lo Social alegó vulneración del principio de igualdad. Además, la demandante sostiene que esta norma supone una discriminación indirecta, al ser un hecho incontrovertible que las trabajadoras son las principales usuarias del contrato de trabajo a tiempo parcial.
- Según el órgano judicial remitente la norma cuestionada comporta la doble aplicación –aunque corregida– del principio *pro rata temporis*.

En su fundamentación jurídica el Tribunal de Justicia concreta, tras recordar su reiterada jurisprudencia acerca de la discriminación indirecta (esto es, cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres) que:

- una normativa como la controvertida perjudica a los trabajadores a tiempo parcial que durante mucho

- tiempo han efectuado un trabajo a tiempo parcial reducido, puesto que, a causa del método empleado para calcular el período de cotización exigido para acceder a una pensión de jubilación, dicha normativa priva en la práctica a estos trabajadores de toda posibilidad de obtener tal pensión (apartado 30);
- esta discriminación no encuentra acomodo ni justificación en las alegaciones formuladas por el INSS y por el Gobierno español de que la previsión normativa resulte necesaria y esencial en un sistema de Seguridad Social de tipo contributivo para garantizar el equilibrio financiero del sistema (apartado 35);
 - tampoco otra medida menos gravosa para esos mismos trabajadores permite alcanzar ese objetivo, en tanto que las dos medidas correctoras contenidas en la norma cuestionada tienen por objeto facilitar el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial sin que, no obstante, conste que de ellas se derive el menor efecto positivo en la situación de los trabajadores a tiempo parcial (apartado 36).

2.2.2.2. ... y del Tribunal Constitucional (STC 61/2013, de 14 de marzo; 71 y 72/2013, de 8 de abril, y 116 y 117/2013, de 20 de mayo)

La STC 61/2013, de 14 de marzo (a la que han seguido posteriormente las sentencias 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo), en la senda ya apuntada por el TJUE (Sempere Navarro, 2013), asunto C-385/11 (FJ. 5º) [sobre la influencia que haya podido desplegar la STJUE sobre la resolución constitucional (Ron Latas, 2013, págs. 59-63)], coadyuva a modificar el marco precedente [como señala la doctrina científica se da ahora respuesta a cuestiones planteadas hace más de una década y con anterioridad a las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519)]. Establece sobre este particular (FJ 3º) que su STC 253/2004 (entendida como avaladora de la regulación

contenida en la disposición adicional séptima de la LGSS) se limitó a dar cuenta de estos preceptos ahora cuestionados y a destacar que la regulación incorporada se encontraba «inspirada en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de la Seguridad Social».

No obstante, prosigue la STC 61/2013, la citada Sentencia del año 2004 no se pronunció sobre la constitucionalidad de esta nueva normativa, “pues, en atención a la fecha del hecho causante del proceso a quo, las previsiones aplicables al caso eran las contenidas en la norma precedente en la materia, esto es, el art. 12.4 LET, a cuyo contenido quedaron restringidas las consideraciones del Tribunal, ceñidas, por tanto, a valorar la adecuación constitucional del estricto criterio de proporcionalidad en el cómputo de los períodos de cotización, sin aplicación de reglas correctoras”. Y es entonces cuando se cuestiona si las reiteradas reglas correctoras introducidas por el legislador mediante el Real Decreto-ley 15/1998 permiten superar el inicial reproche de inconstitucionalidad efectuado [una lectura de urgencia a este pronunciamiento constitucional, sobre los antecedentes de hecho que ilustran este supuesto y un destacado halago al Tribunal Superior de Justicia proponente de la cuestión de inconstitucionalidad (Ron Latas, 2013, págs. 59-63)].

El máximo intérprete de la Constitución considera, en fin, que las reglas que acompañan a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el art. 14 CE, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir (FJ 6º).

En definitiva, concluye que “las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la

debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Por ello, conforme al canon de enjuiciamiento expuesto en el fundamento jurídico 4, hemos de declarar que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo".

Es, por tanto, inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre.

2.2.2.3. La modificación legal para su ajuste interno y externo

Así las cosas, 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 [con la celeridad propia de la norma de urgencia (Álvarez Gimeno, 2019)] vino a integrar la laguna normativa causada por la anulación constitucional de la regla sobre el cómputo de los períodos de carencia para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social en el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial [calificando la política legislativa en materia de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial como reactiva (Sempere Navarro, 2013), del juego del ratón y el gato, o acción/reacción de Ley frente a sentencia (Ron Latas, 2013, págs. 59-63) y (Maldonado Molina, 2019, pág. 180) donde señala que tras una disposición discriminatoria el legislador esperaba a conocer la resolución de los tribunales para después volver a promulgar otra norma igualmente discriminatoria, siendo esto tradicional en la acción normativa española desde la década de los años 80].

Su artículo 5, apartados 1 y 2, modifica la regla segunda y el párrafo c) de la regla tercera del apartado 1 y la disposición adicional séptima del Real Decreto Legislativo

1/1994, de 20 de junio [norma que recogía el Acuerdo alcanzado entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales (Monereo Pérez & Guindo Morales, 2019)].

De modo sincrético las nuevas pautas para acreditar los períodos de cotización necesarios para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social se delimitan en [como ha señalado un sector de la doctrina científica se busca personalizar al máximo el nivel de parcialidad del trabajador a lo largo de su vida activa (García Valverde & Khurtsidze, 2018, pág. 260)]:

- a. Días de cotización acreditados: Se tienen en cuenta los distintos períodos en alta del trabajador con contrato a tiempo parcial, cualquiera que fuese la duración de la jornada. A este se le aplica el coeficiente de parcialidad (porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable), resultando el número de días que se considerarán efectivamente cotizados. Días a los que se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, obteniéndose así el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.
- b. Coeficiente global de parcialidad. Concretados los días de cotización se calcula el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador (o sobre un determinado período de tiempo -cinco o siete años- según se trate de la prestación por IT o por nacimiento de hijo).
- c. Período mínimo de cotización. El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para las prestaciones económicas de la Seguridad Social es el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad. Además, se fijan reglas singulares para los supuestos en los que se exijan períodos de carencia específicos.

Con relación a la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, se concreta por la nueva disposición legal que el número de días cotizados se incrementa con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial. Conteniendo reglas específicas para los supuestos en los que no se alcance un período de cotización de 15 años [lo que fue calificado como un modelo enrevesado de legislar (Sempere Navarro, 2013) sin que se oscureciera el principio de proporcionalidad asumido y su posible censura de futuro -lo que finalmente ha ocurrido-].

Con esta medida, recoge la E. de M. del texto de urgencia, el Gobierno flexibiliza el número de años requeridos para acceder a una prestación, garantizando el principio de igualdad de los trabajadores, tanto para los de tiempo parcial como para los de tiempo completo, dando cumplimiento así a la sentencia del Tribunal Constitucional. Sin dejar de mencionar que la norma se sustenta en el principio de proporcionalidad tanto en el acceso al derecho a las prestaciones, pensiones y subsidios, como a su cuantía.

Se cumplen, a ojos del Ejecutivo, los siguientes objetivos:

- “1. Dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional.
2. Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el Sistema Español de Seguridad Social.
3. Mantener la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo.
4. Evitar situaciones fraudulentas o irregulares, así como evitar la desincentivación de la cotización al Sistema”.

De ahí que, conforme a la disposición transitoria primera del texto legal, las reglas contenidas sean igualmente de aplicación para causar derecho a todas aquellas prestaciones que con anterioridad a su entrada en vigor hubiesen sido denegadas por no acreditar el período mínimo de cotización exigido en su caso, si bien con efectos económicos limitados; así como que se rijan por estas nuevas reglas aquellas solicitudes de prestaciones que se

encontrases en trámite en la fecha de entrada en vigor del real decreto-ley.

Ninguna modificación se introdujo en esta materia por 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, manteniéndose la redacción en iguales términos.

Reglas trasladadas en su conjunto, aun cuando de manera más ordenada y seriada, al Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social a través de sus artículos 245 a 248.

3. LAS CUESTIONES CONFLICTIVAS: PRESTACIONES EN EL PUNTO DE MIRA

3.1. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: UN PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA FUE SUFICIENTE PARA DESMONTAR UN ANDAMIAJE SÓLIDAMENTE ANCLADO [STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2017, ESPADAS RECIO, ASUNTO C-98/15 (ECLI:EU:C:2017:833)]

3.1.1. Los antecedentes de hecho

El Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona formuló una petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, en el que cuestionaba:

«1) [¿Debe interpretarse], en aplicación de la doctrina sentada por la [sentencia de 10 de junio de 2010, Bruno y otros (C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329)], [que] la cláusula 4 del [Acuerdo Marco] resulta aplicable a una prestación contributiva por desempleo como la establecida en el art. 210 de la [LGSS] española, financiada exclusivamente por las cotizaciones aportadas por el trabajador y las empresas que lo han empleado, en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo?

2) [En] el caso [de] que la anterior sea resuelta afirmativamente, [¿debe interpretarse], en aplicación de la doctrina sentada por la [sentencia de 10 de junio de 2010,

Bruno y otros (C-395/08 y C-396/08, EU:C:2010:329)], la cláusula 4 del [Acuerdo Marco] en el sentido de que se opone a una norma nacional que, como ocurre con el artículo 3, apartado 4, del [RD 625/1985], al que se remite la regla 4.ª del apartado 1 de la Disposición adicional 7.ª de la [LGSS] —en los casos de trabajo a tiempo parcial “vertical” (trabajo sólo tres días a la semana)— excluye, a efectos del cálculo de la duración de la prestación por desempleo, los días no trabajados a pesar de haberse cotizado por los mismos, con la consiguiente minoración en la duración de la prestación reconocida?

3) [¿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 sólo 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?»

Los antecedentes de hecho que motivaron estas cuestiones se concretan como sigue:

- La Sra. Espadas Recio trabajó a tiempo parcial durante casi tres lustros. Su prestación de servicios se incluía en el denominado trabajo a tiempo parcial vertical, desarrollando su actividad laboral durante tres días, o cuatro según las semanas, con una jornada de trabajo reducida.
- Conclusa su relación laboral, la Sra. Espadas Recio solicitó una prestación por desempleo, siéndole reconocida por el SEPE por un período de 120 días (ampliada posteriormente a 420 días) al entender la entidad pública que solo debían tenerse en cuenta los días efectivamente trabajados (1.387 días), y no los seis años de cotización en su conjunto durante los cuales había desarrollado su actividad de manera continuada (con base en el artículo 210 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en combinación con el artículo 3, apartado 4, del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril).

- Considerando la parte demandante que había cotizado por la totalidad de los últimos seis años, la Sra. Espadas Recio presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona impugnando las liquidaciones individuales efectuadas por el SEPE, solicitando una prestación por desempleo con una duración de 720 días al haber cotizado durante 2.160 días.
- En opinión de la Sra. Espadas Recio, la exclusión de los días no trabajados del cómputo de cotización, a los efectos del cálculo de la duración de prestación por desempleo, supone introducir una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores a tiempo parcial de tipo vertical.

Ante tal supuesto, el órgano jurisdiccional nacional señala que la normativa interna controvertida permite tener en cuenta únicamente los días trabajados, y no todo el período de cotización, esto es, los días de cotización obligatoria no se toman en consideración en su totalidad para determinar la duración de la prestación por desempleo.

Para este órgano jurisdiccional los trabajadores a tiempo parcial verticales se encuentran doblemente penalizados, dado que el principio de *pro rata temporis* se aplica dos veces: de una parte, su menor salario mensual implica una prestación por desempleo de un importe proporcionalmente inferior y, de otra, se reduce la duración de la prestación en tanto que solo se tienen en cuenta los días trabajados, y no todo el período de cotización.

Situación que les diferencia de los demás trabajadores, ya trabajen a tiempo parcial en la modalidad horizontal (trabajo durante todos los días laborables), ya lo hagan a jornada completa (independientemente del reparto de horas de trabajo durante la semana), cuya duración de la prestación por desempleo se calcula sobre la totalidad de los días cotizados.

Por último, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona añade que está demostrado que la normativa controvertida en el litigio principal afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres [un estudio detallado (Pérez del Prado, 2018, págs. 295-315)].

3.1.2. Los fundamentos de la STJUE

Una vez sentado que la prestación contributiva por desempleo controvertida en el litigio principal no se encuentra comprendida en el concepto de «condiciones de empleo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco y no procediendo, por ende, dar respuesta a la segunda cuestión formulada, el Tribunal de Justicia se adentra en el análisis de la tercera de las cuestiones planteadas.

Recuérdese que, en esencia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si 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 tales medidas nacionales.

Y la respuesta es afirmativa, debiéndose interpretar el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 en el sentido de que se opone a la normativa controvertida.

Sus consideraciones de manera breve son las siguientes:

- La competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social encuentra como límite el Derecho de la Unión (sentencias de 16 de mayo de 2006, Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, apartado 92 y jurisprudencia citada, y de 5 de noviembre de 2014, Somova, C-103/13, EU:C:2014:2334, apartados 33 a 35 y jurisprudencia citada).
- La discriminación indirecta está presente cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 56 y jurisprudencia citada, y de 22 de noviembre de

- 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 29).
- Es desde esta perspectiva de discriminación indirecta desde la cual debe abordarse la cuestión litigiosa [a diferencia de la STJUE de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, asunto C-527/13, (EU:C:2015:215), por cuanto, en primer lugar, en aquella el Tribunal no disponía de información estadística irrefutable 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 y, en segundo lugar, que la medida tenía efectos aleatorios, puesto que para determinados trabajadores a tiempo parcial su aplicación podía incluso suponer una ventaja] (González Díaz, 2018, pág. 350) y (Pérez del Prado, 2018, pág. 301).
 - Como señalaba la sra. Eleanor Sharpston en sus conclusiones presentadas el 16 de marzo de 2017 la norma cuestionada no es directamente discriminatoria (apartado 44) (García Valverde & Khurtsidze, 2018, pág. 257).
 - Los datos estadísticos aportados por el órgano jurisdiccional remitente, no cuestionados, manifiestan la feminización del trabajo a tiempo parcial y además es obvio que todos los trabajadores a tiempo parcial vertical resultan perjudicados por esta medida nacional.
 - En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia señala que una medida como la controvertida en el litigio principal constituye una diferencia de trato en perjuicio de las mujeres, por lo que ha de entenderse contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Circunstancia que concurre cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social, son adecuados para alcanzar este objetivo y son necesarios a tal fin (véase, en

este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 32).

- No constituye el principio de «cotización al sistema de seguridad social» para respetar la proporcionalidad del sistema entre cotizaciones realizadas y prestaciones futuras esa finalidad legítima de política social, no es adecuada para la consecución del fin pretendido y tampoco es necesaria para ello.

No se cumple el principio de proporcionalidad con la suficiente entidad como para justificar el trato diferenciador (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519).

Como de manera más clara expresa la Abogado General 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.

Esta circunstancia crea una anomalía ilógica y de carácter punitivo que coloca a los trabajadores a tiempo parcial «vertical» en una situación de desventaja [una primera lectura a esta sentencia en (García Valverde & Khurtsidze, 2018, pág. 262 y ss.)].

3.1.3. La solución arbitrada: Real Decreto 950/2018, de 27 de julio

A recomendación de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y para dotar el marco protector de una mayor seguridad jurídica ante la situación creada tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia [propuestas ya contenidas desde la doctrina científica (García Valverde & Khurtsidze, 2018, págs. 263-264)], el pasado 29 de julio de 2018 entró en vigor el Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el apartado 4 del artículo 3 del 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

A partir de este momento para el cálculo de la duración de la prestación por desempleo las cotizaciones acreditadas a tiempo parcial se computarán por todo el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta. Resulta ya indiferente que se haya trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos (esto es, se sea trabajador a tiempo parcial vertical u horizontal), y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.

En todo caso, concreta la norma, se excluyen de este cómputo los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas (Pérez del Prado, 2018, págs. 304-305).

3.2. Y VUELTA A EMPEZAR. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN: REPITIENDO EL ÍTER UNA VEZ RECORRIDO (SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

3.2.1. La STJUE de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz, asunto C-161/18 (ECLI:EU:C:2019:382)

3.2.1.1. *El elemento conflictivo*

En el presente supuesto se presentan ciertas similitudes con el abordado en la STJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11, analizada *supra*. En esencia la cuestión controvertida es la misma, la adecuación al ordenamiento de la Unión Europea de las reglas internas sobre el cómputo de los períodos cotizados para el acceso a la pensión de jubilación de las personas que han realizado trabajos a tiempo parcial con relación, ahora, a la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación.

La diferencia radica en que ahora la norma en litigio no es la disposición adicional séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, como lo fue entonces, sino los preceptos contenidos en los artículos 245 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre [un estudio completo de esta regulación puede consultarse en (García Valverde & Khurtsidze, 2018, pág. 259 y ss.)]. O,

dicho de otro modo, la regulación resultante tras la anulación de la precedente por la STC 61/2013, de 14 de marzo, y la STJUE anteriormente referenciada, Elbal Moreno.

Se cuestiona ahora, en definitiva, si la fórmula del año 2013, inalterada en los años 2014 y 2015, conforme a la cual no se computan como completos los períodos trabajados a tiempo parcial, sino proporcionalmente en relación con su carácter parcial como resultado de la aplicación de un coeficiente de parcialidad, elevado por un coeficiente corrector (1,5), para el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora para cuantificar la pensión de jubilación es ajustado a la normativa de la Unión.

El caso litigioso se concreta como sigue:

- La Sra. Villar Láiz solicitó al INSS el reconocimiento de una pensión de jubilación, siéndole esta reconocida en un porcentaje del 53% de la base reguladora. Supuesto en el que influyó que la demandante había trabajado durante una parte importante de su vida laboral a tiempo parcial.
- Disconforme con esa resolución de la entidad gestora, la litigante reclamó que para calcular el importe de su pensión de jubilación se aplicara un porcentaje del 80,04%, entendiendo que los períodos en que trabajó a tiempo parcial habían de ser tomados del mismo modo que si hubieran sido períodos de trabajo a tiempo completo. Petición no aceptada por la Administración pública.
- Tras agotar la vía administrativa e iniciada la judicial, en primera instancia también fue desestimada su pretensión de que la diferencia de trato establecida por la normativa nacional daba lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo. Entendió entonces el Juzgado de lo Social que la diferencia de trato dispensada a los trabajadores a tiempo parcial a efectos del cálculo de la pensión de jubilación no constituye una discriminación irracional o no justificada, sino que la fórmula aplicada persigue el objetivo de adaptar el cálculo a las cotizaciones

realizadas, con arreglo al principio de *pro rata temporis*.

- Recurrida en suplicación, el órgano jurisdiccional nacional [un completísimo y meritado estudio sobre la resolución judicial que puso fin a esta cuestión controvertida puede consultarse en (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519)] decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) De acuerdo con el Derecho español para calcular la pensión de jubilación debe aplicarse a la base reguladora calculada sobre los salarios de los últimos años un porcentaje que está en función del número de años cotizados durante toda la vida laboral. ¿Debe considerarse que una norma de Derecho interno, como es la contenida en los artículos 247, letra a), y 248.3 de la [LGSS], que reduce el número de años computables para aplicar el porcentaje en el caso de períodos trabajados a tiempo parcial, es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva [79/7]? ¿Exige el artículo 4, apartado 1, de la Directiva [79/7] que el número de años cotizados tomados en consideración para fijar el porcentaje aplicable al cálculo de la pensión de jubilación se determine de la misma manera para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial?

2) ¿Debe interpretarse que una norma de Derecho interno como la controvertida en el presente litigio es también contraria al artículo 21 de la [Carta], de manera que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a garantizar la plena eficacia de la Carta y a inaplicar las disposiciones legislativas de Derecho interno controvertidas, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional?»

Para el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León la normativa interna produce efectos desfavorables (doblemente punitivos) para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo. Además de que los salarios de los trabajadores a tiempo parcial son más bajos, por tanto sus bases de cotización son más pequeñas y las bases reguladoras exigidas, este sistema reduce, en función del carácter parcial del tiempo de trabajo, el período de cotización tomado en consideración para calcular el porcentaje aplicable a la base

reguladora. Con una incidencia directa sobre el colectivo de mujeres.

De ahí que considere que las disposiciones controvertidas generan una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 y al artículo 21 de la Carta, no justificada en un objetivo legítimo de política social [calificando la situación creada como un bucle del que sería conveniente salir (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519)].

3.2.1.2. *Y la respuesta fundada del Tribunal de Justicia*

Quizá sea bueno, como se ha realizado con anterioridad, destacar desde el inicio el posicionamiento del Tribunal de Justicia:

"El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización —período al que se aplica un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5—, en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino".

La fundamentación jurídica de este pronunciamiento recuerda en buena parte a la empleada en el asunto Elbal Moreno, si bien con mayor incisión y profundidad.

Así, se considera oportuno poner de relieve que el Tribunal de Justicia estima que:

- La normativa nacional no supone una discriminación directamente basada en el sexo (apartado 36, al igual que el apartado 44 de las conclusiones de la Abogado General Eleanor Sharpston en el asunto C-385/11) (Monereo Pérez & Guindo Morales, 2019).
- Recuerda el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo (apartado 37).
- Ahonda en la necesidad de demostrar las situaciones de desventaja de un colectivo sobre otro y explicita los mejores métodos de comparación, desterrando las alusiones a aspectos fortuitos o coyunturales (apartados 38-40).
- Valora positivamente los datos estadísticos para demostrar la discriminación indirecta (valiendo también otros medios -apartado 46), atribuyendo al órgano judicial nacional la apreciación de en qué medida las cifras existentes representan la situación de la mano de obra, son válidos, significativos y si se pueden tomar en consideración como evidencias de la situación discriminatoria de la mujer (apartados 40 y 45) [(Monereo Pérez & Guindo Morales, 2019), (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519) y (Álvarez Gimeno, 2019); sobre la posibilidad de ofrecer otros datos estadísticos con cifras diferentes, (Maldonado Molina, 2019, pág. 184), recogiendo que los números de contratación recientes apuntan la menor presencia del colectivo de mujeres, lo que hace cuestionarse esta regla como válida a futuro, debiendo asir el trato discriminatorio en otros principios constitucionales].
- Insiste en que la normativa nacional contraria al artículo 4, apartado 1, por discriminatoria podría encontrar acomodo a la regulación de la Unión cuando esta esté justificada por factores objetivos y ajenos (finalidad legítima de la política social del Estado miembro, adecuadas para alcanzar el objetivo perseguido y necesarios a tal fin) (apartados 47 y 48).

- Es objetivo válido en este sentido la salvaguardia del sistema de Seguridad Social de tipo contributivo (apartados 49 y 54).
- No obstante, la existencia en la normativa nacional controvertida de dos elementos que pueden reducir el importe de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial (cálculo de la base reguladora a partir de las bases de cotización integradas por la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas y aplicación de un coeficiente de parcialidad a los días cotizados aunque atenuado por un coeficiente corrector del 1,5) es excesivo, por cuanto con el primer elemento se logra el objetivo perseguido de garantizar la proporcionalidad del sistema de seguridad social.
- La aplicación adicional de un coeficiente de parcialidad va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519).

En definitiva, se vuelve sobre lo ya conocido. Cabe la posibilidad de una justificación objetiva y razonable ante supuestos de discriminación indirecta por razón de género siempre que se cumpla una finalidad legítima de política de Estado, las medidas sean adecuadas para la consecución del fin y estas resulten necesarias.

No acepta el Tribunal de Justicia, sin embargo, que estas circunstancias concurran cuando se fija una doble vía de penalización o agravamiento para el acceso a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social para los trabajadores que han desarrollado parte de su actividad laboral a tiempo parcial.

3.2.2. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional: SSTC 91 y 92/2019, de 3 y 15 de julio

3.2.2.1. *Un breve apunte sobre la cuestión en conflicto*

Poco menos de dos meses después del pronunciamiento del Tribunal de Justicia el Tribunal Constitucional se ha

enfrentado a una cuestión de constitucionalidad sobre la misma materia, a vueltas sobre la disposición adicional séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto. En especial sobre un aspecto muy concreto de esta regulación, la letra c) de su regla tercera del apartado 1, esto es, la aplicación de un coeficiente corrector (1,5) al número de días cotizados calculados de acuerdo con las reglas fijadas para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación para los trabajadores que han desempeñado actividad a tiempo parcial.

Sus antecedentes, brevemente, se concretan como sigue:

- El actor trabajó durante buena parte de su vida activa a tiempo parcial.
- Reconocida la pensión de jubilación lo fue en un porcentaje del 95,06 por 100 sobre la base reguladora, de acuerdo con las normas de cálculo de la pensión de jubilación para trabajadores a tiempo parcial.
- En vía judicial el demandante instó el planteamiento de cuestión de constitucionalidad de la norma litigiosa por ser contraria al art. 14 CE al deparar un trato desigual injustificado a los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo. Esta fue desestimada al entender el Juzgado de lo Social que teniendo en cuenta los principios de contribución y proporcionalidad que informan el sistema de Seguridad Social, no cabía apreciar la lesión constitucional alegada (SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, y 156/2014, de 25 de septiembre).
- Igual suerte desestimatoria mereció el recurso de suplicación interpuesto. La Sala entendió entonces ajustada a derecho la fórmula de cálculo fijada y consideró que el precepto legal aplicado no vulneraba el derecho a la igualdad de los trabajadores a tiempo parcial (SSTC 253/2004 y 156/2014), haciendo especial énfasis en que si bien tales decisiones no habían examinado concretamente la norma litigiosa, el criterio de proporcionalidad

instaurado en la doctrina constitucional en relación al tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo resultaba aplicable.

- Ante tales respuestas el actor formuló recurso de amparo frente a las resoluciones administrativas y judiciales anteriores, argumentando que infringían su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).
- La Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad por cuanto el precepto litigioso, solo y en su aplicación conjunta con la regla segunda, letra a), párrafo segundo, de la misma disposición adicional y apartado, ofrece dudas sobre su adecuación al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en perjuicio de estos últimos. Sus razones fueron las siguientes: no se encuentra una justificación objetiva y razonable de la diferenciación existente en el cómputo de los períodos cotizados entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, ni en la E. de M. del Real Decreto-Ley 11/2013, ni en las reglas de cotización que informan el sistema de la Seguridad Social (nacimiento y obligación de cotizar), así como también se ve afectado el principio de proporcionalidad al coexistir dos elementos punitivos (bajas bases reguladoras y reducción del período de cotización). Además, la Sala señala que existen dudas fundadas sobre su inconstitucionalidad por discriminación indirecta por razón de sexo, en perjuicio de la mujer trabajadora a tiempo parcial.
- Sobre el fondo del asunto, y con la respuesta ofertada a la cuestión anunciada *supra*, se pronunció días después del Tribunal Constitucional.

3.2.2.2. Los posicionamientos de los intervenientes: Abogacía del Estado, Letrada de la Seguridad Social...

Las dudas interpretativas sobre el particular se pusieron de manifiesto entre los distintos actuantes en el proceso.

De una parte, la fiscal general del Estado interesó la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la disposición cuestionada [llamando la atención sobre este particular (Álvarez Gimeno, 2019)]. Entiende la fiscalía que lo hasta ahora examinado en las SSTC 253/2004 y 61/2013 es distinto de lo que ahora se discute. Las dos escalas instauradas por la legislación posterior para acceder a las prestaciones contributivas del sistema y para fijar el porcentaje sobre la base reguladora suponen, a juicio de esta parte, una desigualdad que carece de justificación objetiva y razonable, y carece de proporcionalidad al exigir a los trabajadores a tiempo parcial unos períodos reales de cotización notoriamente superiores que a los trabajadores a tiempo completo para alcanzar el mismo porcentaje sobre la base reguladora, incluso realizando las mismas cotizaciones. Además, arguye que estas reglas, al tener una incidencia predominante sobre el empleo femenino provocan una discriminación indirecta por razón de sexo.

De otra, el Abogado del Estado solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Sostiene, de inicio, que el derecho a la protección social es de estricta configuración legal, regido por los principios de contributividad y de igualdad en el sentido armonioso y asentado de la doctrina constitucional. Aspectos estos en los que se sustenta la adecuación a la Carta Magna de la norma cuestionada. No puede dejar de mencionarse, afirma, que se trata de una regla proporcional: horas trabajadas transformadas a hipotéticos días trabajados, apoyándose en el principio contributivo. No se produce efecto legal discriminatorio en este sentido desde la perspectiva constitucional. Añade que no hay una doble reducción de la pensión, ya que la segunda regla aplicable se encuentra matizada por la aplicación del coeficiente corrector. La pensión menor responde, en definitiva, a que se trata de trabajadores que objetivamente han cotizado por menor tiempo que otros. También se opone a la concurrencia de una posible discriminación indirecta por razón de sexo, en tanto que el hipotético trato diferenciador en el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación afecta tanto a hombres como a mujeres.

Y, por último, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSS y de la TGSS, interesó la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la vulneración del principio de igualdad y la inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad por discriminación indirecta por razón de sexo. De esta parte la nueva redacción fijada por el Real Decreto-ley 11/2013 garantiza el principio de igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, recogiendo una fórmula a través de la cual se exige el mismo esfuerzo al trabajador a jornada completa y al trabajador a jornada parcial, garantizando la proporcionalidad tanto en el acceso a las prestaciones como en su cuantía, siguiendo los principios de contributividad y equidad que caracterizan al sistema español de Seguridad Social. Se trata de supuestos que presentan características relevantes suficientes como para admitir un trato cuyas diferencias sean objetivamente razonables y proporcionales. Con relación a la discriminación indirecta por razón de sexo, la Letrada considera que es irrelevante para la decisión del asunto en el que el demandante es varón. No obstante, en sus alegaciones sostiene que la norma es aplicable por igual a mujeres y hombres, que en la actualidad el contrato a tiempo parcial se ha incrementado con carácter general equilibrándose las posiciones entre ambos colectivos y que a ello se une que la situación de las mujeres respecto a las prestaciones de Seguridad Social se ha visto mejorada en los últimos años con diversas medidas (períodos de cotización asimilados por parto, beneficios por cuidados de hijos o menores o el complemento por maternidad).

3.2.2.3. *La fundamentación jurídica de la STC*

Alejando el presente estudio de cualquier aproximación a otras cuestiones colaterales contenidas en la sentencia del intérprete constitucional (por ejemplo, de cuestiones preliminares sobre la vigencia de la norma cuestionada, objeciones de admisibilidad...) procede ahora glosar la fundamentación jurídica de la STC 91/2019.

Sintetiza, en primer lugar, la doctrina constitucional sobre la igualdad en general (con sus dos contenidos, derecho a la igualdad y prohibiciones de discriminación entre cuyas razones o motivos de discriminación expresamente prohibidos se encuentra la discriminación por razón del sexo, FJ 4) trayendo su reiterada jurisprudencia (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5; 61/2013, FJ 4 a); 156/2014, FJ 4; 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2, y 145/1991, de 1 de julio, FJ 2): supuestos de hecho iguales han de ser tratados idénticamente; no toda desigualdad de trato supone infracción constitucional, sino solo aquella que carece de una justificación objetiva y razonable; la diferenciación lícita requiere que el fin que persigue lo sea, que sus consecuencias jurídicas sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin....

Concreta, de otra parte, el alcance de las obligaciones que el artículo 41 CE impone a los poderes públicos (compendiado en las SSTC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3, y 213/2005, de 21 de julio, FJ 3): el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de configuración legal, modulado con libertad por el legislador en materia de acción protectora en atención a circunstancias económicas y sociales.

Asevera que esta libertad del legislador para modular la acción protectora está sujeta al respeto de los principios constitucionales, a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación (STC 61/2013, FJ 6). Por ello se afana en aclarar el contenido de la STC 253/2004 sobre la razonabilidad y proporcionalidad de que las bases reguladoras de las prestaciones de la Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, y de ahí la menor pensión de los trabajadores a tiempo parcial. No fueron otras cuestiones, como serían los nuevos criterios de los períodos de cotización, las abordadas en la STC 253/2004 de los que se limitó a dar cuenta de ellos sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta nueva normativa.

Repasa la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre estas cuestiones, destacando la indudable relevancia que adquieren los criterios seguidos en las sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012 (Elbal Moreno), 14 de abril de 2015 (Cachaldora Fernández), 9 de noviembre de 2017 (Espadas Recio) y 8 de mayo de 2019 (Villar Láziz), ocupando un extenso FJ 7 la síntesis de estos pronunciamientos. Con especial atención, a abordar la misma cuestión conflictiva, en el asunto Villar Láziz [sigue, se ha señalado, la estela del TJUE (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519)].

Expuesta la doctrina constitucional aplicable y la europea como criterio interpretativo, el Tribunal Constitucional aclara la cuestión conflictiva: la compatibilidad con el principio constitucional de igualdad y con la prohibición de discriminación por razón de sexo de que la cuantía de la pensión de la seguridad social a la que tienen derecho los trabajadores a tiempo parcial se reduzca en proporción a la parcialidad de la jornada.

Y apuntala que la regla cuestionada no supera el filtro de constitucionalidad por no adecuarse al principio de igualdad ante la ley del 14 CE por las siguientes razones (FJ 9) (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519):

- La diferencia de trato en la fijación del periodo de cotización, de manera natural para los trabajadores a tiempo completo, en función del tiempo real, y de manera artificiosa para los trabajadores a tiempo parcial castiga sobre todo a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad.
- No se encuentra una justificación objetiva y razonable de esta diferenciación en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2013 [una aproximación a estas cuestiones (Sánchez-Urán Azaña & Moreno Romero, 2019)].
- Los principios de contribución al sistema, proporcionalidad y equidad ya están salvaguardados con el método de cálculo de la base reguladora no siendo necesarias medidas complementarias de protección.

- Es contrario al principio de contributividad y proporcionalidad que se desconozca en parte el tiempo de cotización solo para el colectivo de trabajadores a tiempo parcial, restándoselo del periodo real de cotización.

Además, con relación a la posible discriminación indirecta por razón de sexo prohibida en igual precepto constitucional el Tribunal señala (FJ 10):

- Que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga a examinar con mayor cautela el impacto de la regla cuestionada para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida.
- No se ha probado en el proceso que la norma que dispensa esta diferencia de trato responda a una medida de política social, más allá de las consideraciones relativas al carácter contributivo de nuestro sistema de seguridad social.
- El principio de contributividad que informa el sistema de seguridad social justifica sin duda que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones se calculen en función de lo efectivamente cotizado.
- En cambio, no resulta justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un "coeficiente de parcialidad" que reduce el número efectivo de días cotizados, resultando perjudicial para los trabajadores a tiempo parcial y predominantemente a las mujeres trabajadoras.

En consecuencia, concluye el Tribunal Constitucional estimando la inconstitucionalidad planteada tanto por vulnerar el derecho de igualdad como por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo, si bien únicamente de la remisión que el párrafo primero de la letra c) de la regla tercera ("Bases reguladoras") realiza, en relación con la determinación de la cuantía de las pensiones

de jubilación, al párrafo segundo de la letra a) de la regla segunda ("Periodos de cotización") de la misma disposición adicional séptima (FJ 11). Se asimila el período de tiempo en alta al período cotizado para la determinación del porcentaje aplicable a la pensión de jubilación (Sánchez-Urán Azaña & Moreno Romero, 2019).

Reside aquí el valor del pronunciamiento constitucional, en el que no hace basar en exclusiva sobre la desigualdad entre colectivos de mujeres y hombres la crítica a la regulación legal, sino que se fundamenta con carácter principal en el carácter discriminatorio de la norma de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, señalando el camino para futuras situaciones de conflicto (Maldonado Molina, 2019, pág. 186).

3.2.2.4. *El criterio del INSS*

A resultas del pronunciamiento del Tribunal Constitucional glosado la entidad gestora ha dictado el Criterio de gestión: 17/2019 de 12 de agosto. Adopta en el mismo un criterio interpretativo provisional hasta la modificación de la norma que permite aplicar la mencionada sentencia en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación cuando los interesados han desempeñado trabajos a tiempo parcial [sobre las consecuencias directas que despliega esta sentencia en términos numéricos de situaciones revisables (Maldonado Molina, 2019, pág. 187) y (Nieto Rojas, 2019)]. Señala sobre este particular que:

- La STC afecta únicamente a la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, quedando inalterada la fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad y la aplicación del porcentaje de jubilación [circunstancia quizá cuestionable ante las resoluciones habidas, como señala (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519) para quien carece ya de sentido la aplicación del coeficiente de parcialidad en estos supuestos

(Álvarez Gimeno, 2019). Así como también para otras prestaciones (Ron Latas, 2013, págs. 59-63), cuestionando esta posibilidad (Álvarez Gimeno, 2019)].

- La aplicación de la sentencia del TC conlleva que se tomen en consideración los períodos en los que dicho trabajador a tiempo parcial hubiera permanecido en alta, cualquiera que sea la duración de la jornada.
- La nueva fórmula de cálculo surte efectos a partir del 12 de agosto de 2019, fecha de publicación de la STC en el BOE.
- Ha de preservarse la cosa juzgada no extendiéndose las nuevas reglas a las situaciones administrativas firmes (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519).
- Los expedientes de pensión de jubilación y reclamaciones previas que a 12 de agosto de 2019 se encontraran pendientes de resolución se resolverán aplicando la sentencia del TC.
- En las resoluciones de reconocimiento de pensión de jubilación que a 12 de agosto de 2019 no fuesen firmes (supuesto de desestimación -expresa o tácita- de la reclamación previa formulada contra la resolución administrativa), sin que hubiera transcurrido el plazo para formular demanda judicial ni la misma haya sido interpuesta, la situación administrativa es definitiva en vía administrativa, pero no es aún firme, por lo que se revisará de oficio o se resolverá aplicando la sentencia del TC, con fecha de hecho causante y efectos económicos que hubieran correspondido inicialmente [sobre los efectos extendidos que tenía la aplicación de la STJUE (Maldonado Molina, 2019, pág. 188)].

4. A MODO DE COROLARIO

La pretendida proporcionalidad y contributividad del sistema de la Seguridad Social no parece alcanzarse fijando fórmulas que empeoran a unos trabajadores frente a otros, más si cabe cuando aquellas se logran fundamentalmente a través de las bases de cotización y el cálculo de las bases

reguladoras. Es ahí donde se dispone de campo de acción en el que con elementos objetivos y razonables fijar elementos diferenciadores admisibles constitucionalmente entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo.

Las mermadas arcas del sistema no pueden empujar a la fijación de reglas enrevesadas que aquilaten la cuantía aportada al sistema con las percepciones en modo de prestaciones solo para algunos determinados bloques de trabajadores, en lo que aquí atañe a los trabajadores a tiempo parcial.

No puede dejar de mencionarse en este sentido que la cotización de los trabajadores, en cualquiera de sus modalidades contractuales (salvo excepciones), se extiende desde el alta y durante toda la vigencia del contrato, de acuerdo con una base de cotización mensual (Maldonado Molina, 2019, págs. 178-188).

Por ello, como ha señalado un sector de la doctrina científica la reforma que está por venir debe optar por el cómputo de la vida laboral en función del tiempo asegurado (al igual que ha ocurrido en desempleo) equiparando trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial (Maldonado Molina, 2019, pág. 188).

Se hace necesaria, en definitiva, una regulación integral sobre la protección social del trabajo a tiempo parcial que absorba y neutralice aquellos visos de desigualdad injustificada o de discriminación por razón de sexo que se ciernen constantemente sobre la ordenación del modelo de protección social de esta forma de trabajo [así se han manifestado recientemente (Sánchez-Urán Azaña & Moreno Romero, 2019) y (Pérez del Prado, 2018, pág. 297)].

5. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Gimeno, R. (2019). El cálculo de la jubilación de los trabajadores a tiempo parcial tras la anulación del. *Diario La Ley*(9502).
- Benavente Torres, M. I. (2005). *El trabajo a tiempo parcial*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía.

- Borrajo Dacruz, E. (1978). Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. *Revista de Política Social*(120), 47-60.
- Carrascosa Bermejo, M. D. (2019). Capítulo VIII. Trabajadores a tiempo parcial y su derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de sexo. Análisis de la doctrina del TJUE y del TC (TJUE 8-5-19, Villar Laiz C-161/18 y TC 91/2019) y su aplicación por el TSJ Castilla y. En AAVV, *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible* (págs. 507-519). Granada: Comares.
- Durán López, F. (2005). Prólogo. En M. I. Benavente Torres, *El trabajo a tiempo parcial* (págs. 1-417). Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía.
- García Ninet, J. I., & Vicente Palacio, A. (2013). Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social; el caso Elbal Moreno. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*(102), 241-267.
- García Valverde, M. D., & Khurtsidze, N. (2018). Contrato de trabajo a tiempo parcial. ¿Qué ha pasado? e-*Revista Internacional de la Protección Social*, III(1), 245-265.
- González Díaz, F. (2018). 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. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, 6(1), 348-351. Obtenido de <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/19512/19583>
- INE. (29 de octubre de 2019). *Ocupados a tiempo parcial por motivo de la jornada parcial, sexo y grupo de edad*. Obtenido de <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4181>
- INE. (30 de octubre de 2019). *Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y*

- tipo de jornada.* Obtenido de Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y tipo de jornada: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3961>
- INE. (31 de octubre de 2019). *Ocupados por tipo de jornada, sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada grupo de edad.* Obtenido de Ocupados por tipo de jornada, sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada grupo de edad: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4168>
- Maldonado Molina, J. A. (2019). Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*(439), 178-188.
- Ministerio de Trabajo, M. y. (29 de octubre de 2019). *Movimiento Laboral Registrado.* Obtenido de Contratos registrados, según sexo y principales características: <http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/bel/MLR/index.htm>
- Molina Navarrete, C. (2019). La jurisprudencia comunitaria, fuente creadora, dialógica pero disruptiva, de los derechos nacionales del Trabajo (y de la Seguridad Social). En AAVV, *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Vol. 61, págs. 17-30). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Monereo Pérez, J. L., & Guindo Morales, S. (2019). La discriminación indirecta en la forma de cálculo de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de las mujeres trabajadoras con contrato laboral a tiempo parcial a propósito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *La Ley Unión Europea*(73).

- Nieto Rojas, P. (2019). *Jubilación de futuro*. Obtenido de Jubilación de futuro: <https://www.jubilaciondefuturo.es/recursos/doc/pensiones/20180910/fondo-documental/la-jubilacion-de-los-trabajadores-a-tiempo-parcial-tras-la-stc-922019.pdf>
- Olarte Encabo, S. (2008). *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La «subjetivación» de las políticas activas de empleo*. Cizur Menor: Thomson&Aranzadi.
- Pérez del Prado, D. (2018). Desempleo, discriminación y trabajo a tiempo parcial: las enseñanzas del caso Espadas Recio. En AAVV, *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (págs. 295-315). Madrid: Cinca.
- Ron Latas, R. (2013). Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013, sobre la cuestión de constitucionalidad sobre pensiones de jubilación para trabajadores a tiempo parcial. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*(32), 59-63.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., & Moreno Romero, F. (2019). Sistema de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. *Revista de Jurisprudencia Laboral*(4).
- Sempere Navarro, A. V. (2013). Examen del RDley 11/2013, de 2 agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*(6), BIB 2013\1936.
- Valdés Dal-Ré, F. (2005). Contratación temporal y a tiempo parcial en España: La normalización jurídica de la precariedad laboral . En Vv.AA, *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi* (págs. 15-16). CEDAM.