

TRABALLO A TEMPO PARCIAL E DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: CONSECUENCIAS DESDE A PERSPECTIVA DA SEGURIDADE 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

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

¹ O presente traballo realízase no marco dos Proxectos de Investigación “Retos do Dereito do Traballo español ante a doutrina do Tribunal de Xustiza en materia de política social e dereitos fundamentais”, Ref. RTI2018-097917-B-I00 e “Sustentabilidade e suficiencia do sistema público de pensións: un diálogo imposible?”, RETOS 2017, Ref. DER2017-86394-C2-1-R, financiados polo Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades (Axencia Estatal de Investigación) e o Fondo Europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER).

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.

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.

1. UNHA VISIÓN PANORÁMICA: A SITUACIÓN DE PARTIDA (UNHA MÁIS QUE EVIDENTE FEMINIZACIÓN DO TRABALLO A TEMPO PARCIAL)

1.1. ALGÚNS DATOS ESTATÍSTICOS COS QUE CONTEXTUALIZAR ESTA REALIDADE

1.1.1. A causalidade do auxe da contratación a tempo parcial

O artigo 12 do Real decreto lexislativo 2/2015, do 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, concreta o contido do contrato de traballo a tempo parcial. Dispón a tal fin que este ten lugar cando se acordase a prestación de servizos durante un número de horas ao día, á semana, ao mes ou ao ano, inferior á xornada de traballo dun traballador a tempo

completo comparable -sobre a evolución normativa desta figura e o seu distinto tratamento (García Valverde & Khurtsidze, 2018, páxs. 249-252)-.

Inicialmente esta modalidade contractual foi configurada como medida de política de fomento de emprego, de loita contra o desemprego. No marco das formulacións de repartición do traballo, dende a perspectiva de compartir o tempo de traballo e aumentar conseguintemente as posibilidades de emprego é onde atopaba o seu oportuno acubillo (Durán López, 2005, páx. 16). De maneira significativa esta estratexia visualizouse como extraordinariamente útil para determinados colectivos con especialidade dificultades de inserción laboral (García Valverde & Khurtsidze, 2018, páx. 252).

Non obstante, pronto tornaron estes postulados orixinarios (incorporación de certos sectores da poboación ao mercado de traballo). Unha e outra vez de maneira reiterada e dende diferentes planos, nacionais e internacionais (cfr. considerandos da Directiva 97/81/CE do Consello do 15 de decembro de 1997, relativa ao Acordo marco sobre o traballo a tempo parcial concluído pola UNICE, o CEEP e a CES), facíanse ver as enormes vantaxes que encerraba esta figura tanto para as persoas traballadoras como para o sector empresarial, ofrecendo unha organización máis flexible do traballo, correspondendo así aos desexos das primeiras e aos requisitos da competencia para o segundo.

A flexibilidade que ofrece a quen exerce o poder organizativo na empresa (xornadas adaptadas a calquera circunstancias da produción), dunha parte, e as posibilidades de conciliar vida laboral, profesional e persoal para o colectivo de traballadores (modulación do tempo de traballo) -sen ocultar os riscos que esta figura entraña para certos colectivos singularmente vulnerables por canto ofrecen escasas posibilidades de promoción profesional, implican pouca ou nula responsabilidade e son, polo xeral, empregos en salarios e recoñecemento extraordinariamente baixos (Borrajo Dacruz, 1978, páxs. 49-50), situando a este colectivo nunha posición marxinal dentro da estrutura produtiva, social e económica organizada a tempo completo repercutindo desfavorablemente para a obtención de

prestacións futuras, de modo significativo, da pensión de xubilación (Monereo Pérez & Guindo Morales, 2019) -, doutra, convertéronse a partir do ano 1993 nas regras mestras da súa configuración xurídica (Benavente Torres, 2005, páxs. 30-31).

E iso sen esquecer, isto é convivindo con aquelas premisas oriúndas, pero dun modo atenuado, as súas primeiras atribucións relacionadas coas estratexias familiares (atención ás responsabilidades familiares e compromiso coas políticas de fomento da natalidade) e de cobertura apresurada ante a escaseza de man de obra en certos sectores (Valdés Dal-Ré, 2005, páxs. 15-16).

Este xiro ou transformación na súa natureza propiciou que o contrato de traballo a tempo parcial se convertese na actualidade nunha das principais, ou quizais na única, vías de acceso e permanencia no emprego para distintos colectivos, de modo destacado para aqueles tradicionalmente catalogados como desfavorecidos no ámbito laboral (xuventude, mulleres, vítimas de violencia de xénero, persoas con discapacidade...) (Olarte Encabo, 2008, pág. 177 e ss.).

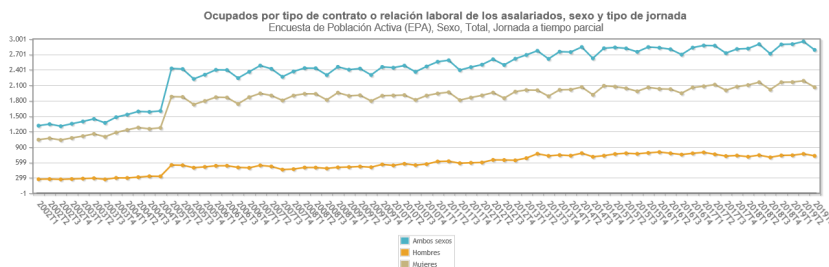
Viuse relegada a un segundo plano a súa natureza primaria, o seu papel secundario e de acompañamento xunto ao contrato de traballo a xornada completa e estable como regra mestra das relacións laborais no ordenamento xurídico interno, e recubriuse dun relevante destino no campo do emprego polo favor derivado das medidas de flexibilidade na organización do traballo que este representa. É, como afirma un sector da doutrina científica, esta versatilidade do traballo a tempo parcial a razón que explica o seu ascenso á "fama" laboral (Valdés Dal-Ré, 2005, pág. 15).

O traballo a tempo parcial, en fin, constitúe na actualidade unha figura contractual de significativa relevancia e presenza polo importante número de persoas traballadoras que accederon a esta modalidade contractual, adquirindo valor de maneira propia, de modo individualizado.

1.1.2. Unha mirada numérica na que contrastar a súa relevancia

O mellor instrumento para mostrar ao lector esta realidade aludida *supra*, como en tantas outras ocasións, reside no recurso a datos estatísticos. Quérese con iso ofrecer cunha simple ollada a importancia cuantitativa que esta figura reviste no panorama laboral español, sen que, pola contra, se canse cun exceso de cifras que impidan tomar plena conciencia da situación presente. Por iso ofrécese simplemente unhas pequenas pinceladas acerca do número de ocupados a tempo parcial; dos contratos rexistrados e preséntanse estes segregados por razón de xénero, por canto ese aspecto reviste unha transcendental importancia como será analizado *infra*.

Así, dunha parte, con relación aos tres últimos lustros, o número de ocupados a tempo parcial mantén unha tendencia sostida á alza, pasando dos pouco máis de dous millóns catrocentos mil de comezos do ano 2005 case ata os tres millóns do ano 2019.



(INE, Ocupados a tempo parcial por motivo da xornada parcial, sexo e grupo de idade, 2019)

Con todo, estas cifras distan dun modo importante das existentes a comezos do milenio. Obsérvase como nos inicios do ano 2002 eran pouco máis dun millón trescentos mil (1.314.500) os ocupados a tempo parcial.

Duplicouse, por tanto, a cifra nese período, producíndose un destacado incremento cun salto relevante entre os anos 2004 e 2005.

As cifras, en xeral, con pequenas oscilacións de subida e baixada, manteñen dende entón unha clara tendencia de subida en termos globais, sen que existan grandes diferenzas entre mulleres e homes nesa secuencia alcista.

No que é a liña ascendente marcada para ambos os bloques, observándose unha senda continuista e sostida tanto para as mulleres como para os homes.

Os datos son moito máis elocuentes se se comparan os contratos rexistrados. Na última década o número de contratos a tempo parcial creceu dende os 3.952.900 para o ano 2009 ata os case oito millóns do ano 2018 (7.978.100). Ou, noutros termos, produciuse un aumento que duplica esta modalidade contractual. Pola súa banda, os contratos a tempo completo, para igual período, aumentaron dende algo máis de dez millóns de contratos (10.068.900) ata os 14.313.600, ou o que porcentualmente equivale a unha progresión do corenta por cento. Tendencias ambas que se reproducen no ano en curso de acordo cos datos rexistrados de xaneiro a setembro de 2019 (Ministerio de Trabajo, 2019).

As distancias, polo tanto, entre ambas as figuras tenden a acurtarse nun período de tempo non excesivamente amplo ante o aumento imparable e exponencial deste tipo contractual.

En termos de conxunto, por tanto, algo máis do trinta e cinco por cento dos 22.291.700 contratos subscritos en España en 2018 fanse xa mediante esta modalidade.

Non cabe dúbida de acordo con estas cifras da importancia e auxe que o contrato de traballo cunha xornada de traballo reducida sobre o traballador a tempo completo comparable desprega hoxe no mundo das relacións laborais en España, ocupando un lugar máis que destacado.

1.1.3. As diferenzas entre os colectivos masculino e feminino: a clara feminización pasada, presente e quizais futura da contratación a tempo parcial no territorio nacional

No que agora interesa, ademais, si que son manifestas as diferenzas por razón de xénero que presenta a contratación a tempo parcial no territorio nacional.

Con esta perspectiva de xénero, dunha parte, é destacable que no ano 2018 foron 12.357.000 os contratos rexistrados por homes e destes algo máis de tres millóns foron a tempo parcial, o que equivale a un 26,38 por cento. Pola contra,

para o colectivo feminino, do case dez millóns de contratos subscritos (9.934.100) case a metade (4.717.700) fixérono nesta modalidade de xornada reducida ou, en termos máis precisos, o 47,5 por cento dos contratos asináronse a tempo parcial (Ministerio de Traballo, 2019).

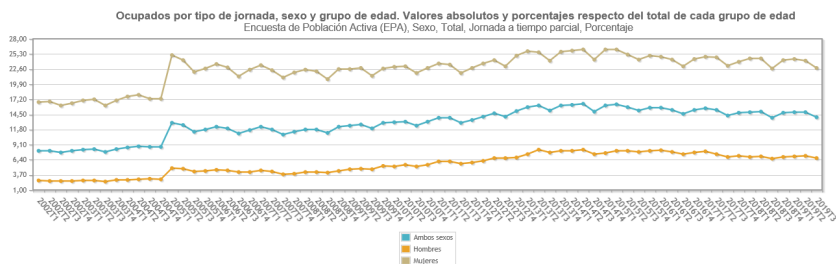
As diferenzas son avultadas respecto dos contratos rexistrados, duplicando as unhas aos outros.

Ademais, tomando como referencia os últimos datos dispoñibles, para o terceiro trimestre do ano 2019 e con relación ao número de ocupados, as cifras son as seguintes:

	Total
	2019T3
Ambos os sexos	
Total	19.874,3
Xornada a tempo completo	17.085,1
Xornada a tempo parcial	2.789,2
Non clasificable	..
Homes	
Total	10.824,5
Xornada a tempo completo	10.097,4
Xornada a tempo parcial	727,1
Non clasificable	..
Mulleres	
Total	9.049,8
Xornada a tempo completo	6.987,7
Xornada a tempo parcial	2.062,1
Non clasificable	..

(INE, Ocupados por tipo de contrato ou relación laboral dos asalariados, sexo e tipo de xornada, 2019)

Ou o que é o mesmo, en termos porcentuais os ocupados a tempo parcial para o colectivo de homes apenas alcanza o sete por cento (6,71% -cifra na que se moveu na última década-) fronte a máis do vinte e dous por cento (22,78 por cento -superando en non poucas ocasións a barreira do 25 por cento nestes anos de modera recuperación económica postcrise-) para as mulleres.



(INE, Ocupados por tipo de xornada, sexo e grupo de idade. Valores absolutos e porcentaxes respecto do total de cada grupo de idade, 2019)

É dicir, a diferenza dentro dos propios colectivos, isto é, comparada entre iguais, equivale a máis do triplo de ocupados entre unhas e outros.

Ou recollido doutro xeito e de modo aínda máis elocuente. Fixando a mirada en exclusiva sobre as persoas traballadoras ocupadas a tempo parcial en termos de conxunto, na súa xeneralidade, é especialmente interesante poñer en valor que case o setenta e cinco por cento destes ocupados con xornada reducida (73,9%) é representado por mulleres, fronte ao 26% de ocupados homes.

É dicir, xa se analicen as cifras por colectivos individualizados, xa se exploren en termos comparativos entre uns e outros, os resultados son palpables co sempre máis que evidente predominio do colectivo de mulleres na contratación a tempo parcial, duplicando ou triplicando ao xénero masculino segundo a metodoloxía utilizada.

Xa quedaron expostas *supra* as diferenzas respecto dos datos dos últimos contratos rexistrados entre mulleres e homes, onde as primeiras unha vez máis duplican aos segundos.

O aumento paulatino e constante do uso deste modelo contractual tal e como se observa con nitidez nos gráficos e cifras expostas leva a afirmar que este deixou de ser algo residual ou excepcional para converterse en habitual no tráfico das relacións laborais, chegando mesmo a ser un modelo de vida laboral consolidado para moitos dos traballadores (García Valverde & Khurtsidze, 2018, páx. 246).

Pode sosterse, ademais, que existiu ao longo dos anos e actualmente convive unha clara feminización do traballo a tempo parcial en España, cunha tendencia a perpetuarse a medio ou quizais longo prazo e cunha liña clara a cronificarse.

Dista moito de alcanzarse unha equiparación real neste plano nun futuro próximo ou mediato. A desaparición das diferenzas concorrentes entre os colectivos masculino e feminino con relación ao traballo a tempo parcial esixen de notables esforzos por canto os puntos de partida se atopan singularmente afastados.

Basta traer a colación para sustentar esta afirmación a comparativa de como crece o número de ocupados homes e mulleres a tempo parcial nas últimas décadas. Así, fronte ao incremento do 200% para o colectivo da muller (de 1.041.800 persoas ocupadas no primeiro trimestre do ano 2002 pasouse a 2.062.100 no terceiro trimestre do ano 2019), no dos homes para igual espazo temporal o aumento supuxo ao redor do 270% (pasouse de 272.700 persoas a 727.100) (INE, Ocupados por tipo de contrato ou relación laboral dos asalariados, sexo e tipo de xornada, 2019).

As distancias entre ambos os grupos de poboación están lonxe de borrarse xa que en algo menos de dúas décadas as diferenzas entre eles só se viron reducidas nun 9%, tomándose como referencia os homes ocupados a tempo parcial respecto das mulleres baixo igual figura contractual no período de referencia (2002-2019).

Máis evidente é a distancia entre estes colectivos cando o que se contrasta é a porcentaxe anteriormente referenciada (6,71% fronte a 22,78%) dos ocupados a tempo parcial respecto do seu propio grupo de acción (homes ou mulleres).

1.2. DELIMITACIÓN DO OBXECTO DE ESTUDO

Ante esta situación, na que o contrato de traballo a tempo parcial pasou de ser algo residual ou anecdótico ou quizais excepcional e de uso limitado fronte ao recurso do contrato de traballo a tempo completo como elemento normal ou pleno no campo das relacións laborais (Valdés Dal-Ré,

2005, páx. 1) a unha figura de enorme relevancia, faise preciso realizar unha aproximación ás consecuencias que o mesmo establece dende o prisma da Seguridade Social, isto é, da protección social das persoas ocupadas cunha xornada de traballo minorada respecto dun traballador a tempo completo comparable.

A ninguén lle escapa que o traballo a tempo parcial tamén leva implícitos neste campo obrigas e dereitos. O apartado 1 do artigo 7 do Real decreto legislativo 8/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social así o constata, sen que a excepcionalidade contemplada no apartado 5 deste precepto legal tivese ata o momento máis que unha aplicación secundaria e en nada exonere do seu ámbito de aplicación en termos nin globais nin parciais ás persoas que prestan os seus servizos baixo esta modalidade contractual. Con independencia de canto poida chegar a ser a redución da xornada pactada.

Non pode deixar de mencionarse neste sentido, con todo, que a configuración actual da Seguridade Social española mantén nalgunhas (ou posiblemente en moitas) das súas institucións clásicas unha concepción conservadora das relacións laborais, traballo de duración indefinida e a tempo completo, acordos respecto a esixencias tales como períodos de carencia xerais ou específicos xenerosos para lucrar as prestacións do sistema de protección social que quizais hoxe non encaixan adecuadamente en como se desenvolven as relacións laborais no territorio nacional: tardía incorporación ao mercado de traballo, baixas cotizacións, amplos períodos de desemprego, mobilidades internacionais, traballo a tempo parcial e temporalidade deste...

Coas adaptacións oportunas, é certo, ao longo dos anos pretendeu adaptarse con maior ou peor fortuna a estas novas e puxantes figuras contractuais no marco das relacións laborais nacional [na materia que ocupa esta colaboración son máis de dúas décadas conflitivas (Maldonado Molina, 2019, páx. 180 e ss.) e (Álvarez Gimeno, 2019)].

Con todo, nos últimos tempos mostráronse dúas realidades que puxeron de manifesto que non existe unha plena adecuación na regulación das prestacións sociais para as persoas que desenvolveron a súa actividade profesional baixo a modalidade do contrato de traballo a tempo parcial. Cada día máis importante en número (e cunha maior incidencia orzamentaria nas xa minguadas contas da Seguridade Social) e con trazos definitorios propios (feminización).

Foron os campos da protección por desemprego e da prestación por xubilación onde o sistema xurídico tensou as súas costuras, declarándose polos Tribunais (nacionais e europeos) inapropiadas as regulacións existentes.

O estudo singularizado de cada unha destas temáticas constitúe o obxecto do presente traballo, facéndose, con todo, un claro paralelismo entre ambas. Non pode obviarse que o resultado final dos dous conflitos expostos se atopa mediatizado dun modo máis que relevante porque nas regulacións debatidas se trata de forma pexorativa o traballo a tempo parcial (Pérez del Prado, 2018, pág. 297) ou, o que é o mesmo, se comete unha discriminación indirecta por razón de sexo en tanto que na actualidade as mulleres son maioritariamente quen ocupan os traballos realizados a tempo parcial (González Díaz, 2018, páx. 350). Non en balde é oportuno lembrar que no momento presente case o setenta e cinco por cento da ocupación parcial é desempeñada por mulleres fronte a pouco máis do vinte e cinco por cento realizado por homes.

Sendo este o foco de atención e estes os antecedentes levarase a cabo, en primeiro lugar, unha presentación da regulación previa sobre as materias sinaladas para, en segundo lugar, acometer a análise detallada e minuciosa dos pronunciamentos xudiciais recaídos no pasado máis próximo, que viñeron a supoñer unha modificación de calado das normas precedentes, prestando unha especial atención ás resolucións emanadas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea [en tanto que non pode deixar de mencionarse o carácter de creación disruptiva que ten a xurisprudencia do TXUE como xenuína fonte de (innovación do) Dereito nacional, no noso caso do traballo (e tamén do

Dereito da Seguridade Social, a pesar de non existir unha competencia específica, salvo en materia de coordinación) (Molina Navarrete, 2019, páx. 20)].

2. UN BREVE REPASO Á REGULACIÓN RECENTE: AS NORMAS CUESTIONADAS (O COMPLEXO CÁMPUTO DOS PERÍODOS COTIZADOS)

2.1. EN MATERIA DE DESEMPREGO: CÁMPUTO DOS PERÍODOS COTIZADOS A EFECTOS DO CÁLCULO DA DURACIÓN DA PRESTACIÓN

O Real decreto 625/1985, do 2 de abril, desenvolve regulamentariamente a Lei 31/1984, do 2 de agosto, de protección por desemprego. No seu articulado primario eran numerosas as referencias que aludían ao desempeño do traballo a tempo parcial e as súas implicacións coa finalización da actividade laboral. Aspectos sobre o réxime de compatibilidades e incompatibilidades entre prestación e traballo, ofrecendo unha nutrida e rica casuística (percepción de prestación ou subsidio e colocación a tempo parcial, situacións de pluriemprego a tempo completo e a tempo parcial e perda dalgún deles...), cuestións acerca da cotización, elementos atinentes á duración do desemprego parcial... foron abordados nesta norma.

No que agora interesa destacar, o apartado 4 do seu artigo terceiro dispuxo a efectos do cálculo da duración da prestación que cando as cotizacións acreditadas correspondesen a un traballo a tempo parcial, cada día traballado se computaría como un día cotizado, con independencia da duración da xornada.

A pesar dos cambios normativos producidos con posterioridade sobre o contrato de traballo a tempo parcial e o acceso ás prestacións da Seguridade Social, esta materia permaneceu inalterada ao longo dos anos.

Como afirmaba o Alto Tribunal, iso permitía "soster que a prestación contributiva de desemprego de quen viña prestando servizos mediante contratos a tempo parcial haberá de recoñecerse en atención ao número de días

traballados, con independencia do volume da xornada diaria ou semanal, resolvéndose deste xeito a situación dos traballos parciais "horizontais" [v. SSTs 10 novembro 2010 ECLI:ECLI:ES:TS:2010:6533; 29 novembro 1995 (RJ 1995, 8769) e 23 decembro e 3 novembro 1994 (RJ 1994, 10228 e 8589)]; e sobre a duración para os traballadores a tempo parcial con acumulación de actividade en períodos concretos, cfr. SSTs 13 febreiro, 16 marzo e 17 abril 2007 (RJ 2007, 3244, 1777 e 5001), pode consultarse neste sentido cunha lectura máis ampla (Pérez del Prado, 2018, págs. 305-306).

2.2. DENDE A PERSPECTIVA DA XUBILACIÓN: SOBRE A ACREDITACIÓN DOS PERÍODOS DE CARENCIA E PORCENTAXES APLICABLES Á BASE REGULADORA

2.2.1. O seu entendemento, nunha primeira etapa, como axustado a Dereito

No campo da protección ante a situación de vellez o punto de partida non era diferente ao comentado con relación ao desemprego. Tamén permaneceu inalterado durante décadas o esencial da fórmula de cálculo da prestación por xubilación para os traballadores a tempo parcial.

Así, rexeu durante un amplo espazo temporal a regra instaurada polo Real decreto-lei 15/1998, do 27 de novembro, de medidas urxentes para a mellora do mercado de traballo en relación co traballo a tempo parcial e o fomento da súa estabilidade, co que se lle daba unha nova redacción á disposición adicional sétima do texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social, aprobado por Real decreto legislativo 1/1994, do 20 de xuño.

Dispúxose a tal fin, no que agora interesa, que para a acreditación dos períodos de cotización necesarios para causar dereito ás prestacións de xubilación exclusivamente serían computables as cotizacións efectuadas en función das horas traballadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando a súa equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, o número de horas efectivamente traballadas dividírase por cinco, equivalente diario do cómputo de mil

oitocentas vinte e seis horas anuais. A este número de días teóricos de cotización aplicaríase o coeficiente multiplicador de 1,5, resultando diso o número de días que se considerarían acreditados para a determinación dos períodos mínimos de cotización. Por último, o tempo cotizado conforme ás regras anteriores será o computable para determinar o número de anos cotizados para efectos de fixar a porcentaxe aplicable á base reguladora da pensión de xubilación.

Foron numerosas as ocasións nas que esta disposición adicional viu cambiar co paso dos anos a súa redacción orixinaria: a modificación do apartado 2 pola disposición adicional 10 da Lei 12/2001, do 9 de xullo (incluíndo unha referencia ao 15.8 do Estatuto dos traballadores); das letras a) das regras 2 e 3 do apartado 1 pola disposición adicional 18.19 da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo (sinalando a nova prestación por paternidade); a incorporación da letra d) da regra 3 pola disposición final 3.8 da Lei 2/2008, do 23 de decembro (fixando a posibilidade de recoñecemento das prestacións de maternidade e paternidade mediante resolución provisional polo Instituto Nacional da Seguridade Social); a modificación do apartado 2 pola disposición adicional 40.3 da Lei 27/2011 (estendendo a aplicación das devanditas regras aos traballadores a tempo parcial ou fixos descontinuos incluídos no sistema especial para empregados de fogar, establecido no réxime xeral da Seguridade Social) ou a inclusión de novo apartado 3 pola disposición final 5.7 da Lei 3/2012, do 6 de xullo (sobre a cotización polas horas extraordinarias realizadas por traballadores contratados a tempo parcial -deixado sen efecto pola disposición derogatoria única do Real decreto-lei 16/2013, do 20 de decembro-).

Con todo, durante tres longos lustros non se viu afectado o texto atinente aos períodos de cotización contidos na regra segunda do seu apartado 1 e recollidos *supra*.

Sobre a norma de conflito, a doutrina xurisprudencial mantivo un criterio unificado nas SSTS 16 outubro 2007 (Rec. 127/07), 11 e 25 xuño e 23 outubro 2008 (ECLI: ES:TS:2008:4514, ECLI: ES:TS:2008:5085 e ECLI: ES:TS:2008:6576). Para estas, trátase de atender ao tempo

efectivamente traballado e cotizado, pero corrixíndoo cun coeficiente multiplicador co que se trata de asegurar a protección social dos traballadores a tempo parcial, sen que iso supoña establecer unha igualdade absoluta en canto ao cómputo das cotizacións efectuadas en relación coas realizadas polo traballador a xornada completa.

Afirmase nestes pronunciamentos que, citando a STS 10 xullo 2007 (ECLI: ES:TS:2007:6504):

"[...] traíase a un primeiro plano a doutrina do Tribunal Constitucional sobre os contratos a tempo parcial e o modo de determinar os períodos de cotización, para efectos de lucrar prestacións da Seguridade Social. Na sentenza 253/2004, do 22 de decembro, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional e nulo o parágrafo segundo do artigo 12.4 do Estatuto dos Traballadores, segundo a redacción do Texto refundido aprobado por RD Lexislativo 1/1995, do 24 de marzo, en canto establecía que para determinar os períodos de cotización das prestacións da Seguridade Social, computaranse exclusivamente as horas traballadas; non lle pareceu ao Tribunal xustificado o establecemento dunha diferenza de trato entre traballadores a tempo completo e traballadores a tempo parcial en canto ao cumprimento do requisito de carencia para o acceso ás prestacións contributivas da Seguridade Social, diferenza que considerou arbitraria e que conduce a un resultado desproporcionado, ao dificultar o acceso á protección do sistema aos traballadores a tempo parcial. Ademais doutras razóns, a sentenza tomou en conta o feito de que "o contrato a tempo parcial é unha institución que afecta de feito predominantemente ao sexo feminino, o que obriga, á luz da doutrina antes exposta, a examinar con maior cautela o impacto da regra sobre o cómputo de períodos de carencia contida na norma cuestionada, pois, acreditada estatisticamente a realidade sociolóxica indicada, isto é, que a medida afecta a unha proporción maior de mulleres que de home (disparate affect), para descartar a existencia dunha discriminación indirecta prohibida polo artigo 14 da Constitución, habería que constatar que esa medida se explica por razóns obxectivamente xustificadas de política social sen carácter discriminatorio". [...].

Na devandita sentenza, despois de lembrar a norma que esixe o período de carencia necesario para a prestación de

que se trate -naquel caso de incapacidade temporal por continxencias comúns- e as mencionadas regras do art. 3 do RD 1131/02, faise eco da interpretación constitucional destas coas seguintes palabras: "Pois ben, aínda que a primeira das dúas precitadas normas, é dicir, a do apartado a), regra 2ª, da adicional 7ª da LXSS (que, polo seu rango legal, en calquera caso, resulta de obrigado cumprimento para os integrantes do poder xudicial, polo menos mentres o Tribunal competente non declare a súa inconstitucionalidade [segundo publicou o BOE/BOE do 11/12/2006, existe polo menos unha cuestión de constitucionalidade exposta en relación coa devandita norma, por posible vulneración do art. 14 CE]), parece manter un criterio rigoroso respecto da determinación do período de carencia necesario para acceder á prestación de incapacidade temporal, pois a división por cinco das horas traballadas nun emprego a tempo parcial posiblemente non se afaste do principio de proporcionalidade estrita se o comparamos cos traballadores a tempo completo, con todo, o propio Tribunal Constitucional, e con relación a esta nova previsión, admitiu que se trata dunha regra correctora que ten a finalidade de facilitar o acceso á protección da Seguridade Social dos traballadores a tempo parcial: "Así, fíxase con carácter xeral un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de traballo efectivo, ou mil oitocentas vinte e seis horas anuais (isto é, a duración máxima da xornada anual segundo o art. 34.1 LET, excluídas as horas extraordinarias), de xeito que para acreditar os períodos de cotización necesarios para causar dereito ás prestacións de xubilación, incapacidade permanente, morte e supervivencia, incapacidade temporal e maternidade, compútanse as cotizacións efectuadas en función das horas traballadas, pero calculando a súa equivalencia en días teóricos de cotización, segundo quedou exposto" (parágrafo 6º, FJ 3º TC 253/04).

Máis clara resulta a regra correctora introducida polo parágrafo 2º do art. 3.1 do RD 1131/02 cando prevé, en relación co período no que ha de reunirse a cotización mínima para acceder á prestación debatida (o últimos cinco anos anteriores ao feito causante), que o devandito período ou lapso de tempo "incrementarase na mesma proporción en que se reduza a xornada efectivamente realizada respecto da xornada habitual na actividade

correspondente" (2º parágrafo do nº 1 do art. 31 do RD 1131/02). Esta regra especial sobre o incremento proporcional do período inmediatamente anterior á data do feito causante [cuestión esta sobre a que esta Sala se pronunciou recentemente na repetida sentenza do 10 de xullo de 2007 e noutra anterior, do 29 de xaneiro de 2007 (R. 4667/05), referida á prestación de maternidade], ten por obxecto, como o Tribunal Constitucional recoñeceu, "facilitar o seu cumprimento cando as cotizacións derivan de contratos a tempo parcial" (parágrafo 8º, FJ 3, TC 253/04). E aínda que no caso aquí axuizado esta concreta previsión careza de incidencia porque, como se dixo, non consta que a actora teña outra carreira de seguro senón os 211 días cotizados ao 50 por 100 entre o 19 de agosto de 2004 e o 17 de marzo de 2005, o certo é que, como se desprende do precedentemente razoado, as normas en cuestión corrixen con carácter xeral o principio estrito de proporcionalidade proscribido no seu día polo Tribunal Constitucional (TC 253/04 e 49/05)".

En fin, durante este amplo espazo temporal as normas que centran a atención deste estudo (aínda que sempre se atoparon en dúbida) gozaron dunha aplicación recta e ordenada, entendéndose acordes co ordenamento xurídico nacional, axustándose ao marco constitucional e comunitario.

2.2.2. O seu cuestionamento (segunda etapa) na orde comunitaria e as dúbidas sobre a súa adecuación aos principios constitucionais

2.2.2.1. *O parecer do TXUE: STXUE do 22 de novembro de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11 (ECLI:EU:C:2012:746)*

A comezos da década que agora se atopa próxima á súa finalización tiveron lugar dous pronunciamentos xurisdiccionais da máxima relevancia que trastornaron a ata o de agora aceptada regulación do cómputo dos períodos de cotización para o acceso ás prestacións da Seguridade Social para os traballadores a tempo parcial de acordo coa normativa resultante da súa regulación do ano 1998 [sobre outros antecedentes xurisprudenciais no ámbito comunitario

(Ron Latas, 2013, págs. 59-63) e no campo constitucional, con estudo detallado das resolucións acaecidas (García Ninet & Vicente Palacio, 2013, páxs. 241-267)].

Dunha parte, a STXUE do 22 de novembro de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11 (ECLI:EU:C:2012:46) resolve a cuestión prexudicial formulada polo Xulgado do Social núm. 33 de Barcelona sobre se “A prohibición de discriminación por razón de sexo, directa ou indirecta, que contempla o art. 4º da Directiva 79/7 debe ser interpretada no sentido que impediría ou se opoñería a unha norma nacional que – como consecuencia da dobre aplicación do “principio pro rata temporis”– esixa aos traballadores a tempo parcial (na súa inmensa maioría, mulleres) en comparación aos traballadores a tempo completo, un período de cotización proporcionalmente maior para acceder, no seu caso, a unha pensión de xubilación contributiva en contía proporcionalmente reducida á parcialidade da súa xornada?” [unha análise concisa e pormenorizada desta materia (Carrascosa Bermejo, 2019, páxs. 507-519)].

Ao que procede responder, conclúe o Tribunal, que “o artigo 4 da Directiva 79/7 debe interpretarse no sentido de que se opón, en circunstancias como as do litixio principal, a unha normativa dun Estado membro que esixe aos traballadores a tempo parcial, na súa inmensa maioría mulleres, en comparación cos traballadores a tempo completo, un período de cotización proporcionalmente maior para acceder, no seu caso, a unha pensión de xubilación contributiva en contía proporcionalmente reducida á parcialidade da súa xornada”.

De modo resumido, o obxecto de debate presenta os seguintes antecedentes:

- A demandante traballara exclusivamente a tempo parcial durante 18 anos.
- Solicitada pensión de xubilación, foille denegada pola entidade xestora por non reunir o período mínimo de cotización de quince anos. A reclamación administrativa tivo igual éxito.
- Instada demanda perante o xulgado do Social, alegou vulneración do principio de igualdade. Ademais, a demandante sostén que esta norma

supón unha discriminación indirecta, ao ser un feito incontrovertible que as traballadoras son as principais usuarias do contrato de traballo a tempo parcial.

- Segundo o órgano xudicial remitente a norma cuestionada comporta a dobre aplicación –aínda que corrixida– do principio *pro rata temporis*.

Na súa fundamentación xurídica o Tribunal de Xustiza concreta, tras lembrar a súa reiterada xurisprudencia acerca da discriminación indirecta (isto é, cando a aplicación dunha medida nacional, aínda que formulada de maneira neutra, prexudique de feito a un número moito maior de mulleres que de homes) que:

- unha normativa como a controvertida prexudica aos traballadores a tempo parcial que durante moito tempo efectuaron un traballo a tempo parcial reducido, debido a que, a causa do método empregado para calcular o período de cotización esixido para acceder a unha pensión de xubilación, a dita normativa priva na práctica a estes traballadores de toda posibilidade de obter tal pensión (apartado 30);
- esta discriminación non atopa acomodo nin xustificación nas alegacións formuladas polo INSS e polo Goberno español de que a previsión normativa resulte necesaria e esencial nun sistema de Seguridade Social de tipo contributivo para garantir o equilibrio financeiro do sistema (apartado 35);
- tampouco outra medida menos gravosa para eses mesmos traballadores permite alcanzar ese obxectivo, en tanto que as dúas medidas correctoras contidas na norma cuestionada teñen por obxecto facilitar o acceso á pensión de xubilación dos traballadores a tempo parcial sen que, con todo, conste que delas se derive o menor efecto positivo na situación dos traballadores a tempo parcial (apartado 36).

2.2.2.2. ... e do Tribunal Constitucional (SSTC 61/2013, do 14 de marzo; 71 e 72/2013, do 8 de abril, e 116 e 117/2013, do 20 de maio)

A STC 61/2013, do 14 de marzo (á que seguiron posteriormente as sentenzas 71/2013 e 72/2013, ambas as dúas do 8 de abril e 116/2013 e 117/2013, do 20 de maio), na senda xa apuntada polo TXUE (Sempere Navarro, 2013), asunto C-385/11 (FJ. 5º) [sobre a influencia que puidese despreñar a STXUE sobre a resolución constitucional (Ron Latas, 2013, págs. 59-63)], coaduxa a modificar o marco precedente [como sinala a doutrina científica, dáse agora resposta a cuestións expostas hai máis dunha década e con anterioridade ás cuestións prejudiciais resoltas polo TXUE (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519)]. Establece sobre este particular (FJ 3º) que a súa STC 253/2004 (entendida como garante da regulación contida na disposición adicional sétima da LXSS) limitouse a dar conta destes preceptos agora cuestionados e a destacar que a regulación incorporada se atopaba «inspirada no mantemento do criterio de proporcionalidade, pero atenuada mediante diversas regras correctoras, para facilitar o acceso dos traballadores a tempo parcial ás prestacións da Seguridade Social».

Con todo, prosegue a STC 61/2013, a citada Sentenza do ano 2004 non se pronunciou sobre a constitucionalidade desta nova normativa, “pois, en atención á data do feito causante do proceso *a quo*, as previsións aplicables ao caso eran as contidas na norma precedente na materia, isto é, o art. 12.4 LET, a cuxo contido quedaron restrinxidas as consideracións do Tribunal, cinguidas, por tanto, a valorar a adecuación constitucional do estrito criterio de proporcionalidade no cómputo dos períodos de cotización, sen aplicación de regras correctoras”.

E é entón cando se cuestiona se as reiteradas regras correctoras introducidas polo lexislador mediante o Real decreto-lei 15/1998 permiten superar o inicial reproche de inconstitucionalidade efectuado [unha lectura de urxencia deste pronunciamento constitucional, sobre os antecedentes de feito que ilustran este suposto e un destacado afago ao

Tribunal Superior de Xustiza propoñente da cuestión de inconstitucionalidade (Ron Latas, 2013, págs. 59-63)

O máximo intérprete da Constitución considera, en fin, que as regras que acompañan á previsión cuestionada en relación co cómputo dos períodos de cotización nos contratos a tempo parcial para causar dereito a unha prestación de xubilación non permiten superar os parámetros de xustificación e proporcionalidade esixidos polo art. 14 CE, dado que as medidas de corrección no seu momento introducidas non conseguen evitar os resultados especialmente gravosos e desmesurados a que a norma pode conducir (FJ 6º).

En definitiva, conclúe que “as diferenzas de trato en canto ao cómputo dos períodos de carencia que seguen experimentando os traballadores a tempo parcial respecto dos traballadores a xornada completa atópanse desprovistas dunha xustificación razoable que garde a debida proporcionalidade entre a medida adoptada, o resultado producido e a finalidade pretendida. Por iso, conforme ao canon de axuízamento exposto no fundamento xurídico 4, debemos declarar que a norma cuestionada vulnera o art. 14 CE, tanto por lesionar o dereito á igualdade, como tamén, á vista da súa predominante incidencia sobre o emprego feminino, por provocar unha discriminación indirecta por razón de sexo”.

É, por tanto, inconstitucional e nula a regra segunda do apartado 1 da disposición adicional sétima da Lei xeral da Seguridade Social, texto refundido aprobado por Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño, na redacción dada polo Real decreto-lei 15/1998, do 27 de novembro.

2.2.2.3. *A modificación legal para o seu axuste interno e externo*

Así as cousas, o Real decreto-lei 11/2013, do 2 de agosto, para a protección dos traballadores a tempo parcial e outras medidas urxentes na orde económica e social [coa celeridade propia da norma de urxencia (Álvarez Gimeno, 2019)] veu integrar a lagoa normativa causada pola anulación constitucional da regra sobre o cómputo dos

períodos de carencia para causar dereito ás prestacións de Seguridade Social no caso dos traballadores contratados a tempo parcial [cualificando a política lexislativa en materia de Seguridade Social dos traballadores a tempo parcial como reactiva (Sempere Navarro, 2013), do xogo do rato e o gato, ou acción/reacción de Lei fronte a sentenza (Ron Latas, 2013, págs. 59-63) e (Maldonado Molina, 2019, pág. 180) onde sinala que tras unha disposición discriminatoria o lexislador esperaba a coñecer a resolución dos tribunais para despois volver promulgar outra norma igualmente discriminatoria, sendo isto tradicional na acción normativa española dende a década dos anos 80].

O seu artigo 5, apartados 1 e 2, modifica a regra segunda e o parágrafo c) da regra terceira do apartado 1 e a disposición adicional sétima do Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño [norma que recollía o Acordo alcanzado entre o Goberno e as organizacións sindicais e empresariais (Monereo Pérez & Guindo Morales, 2019)].

De modo sincrético as novas pautas para acreditar os períodos de cotización necesarios para acceder ás prestacións da Seguridade Social delimitáanse en [como sinalou un sector da doutrina científica, búscase personalizar ao máximo o nivel de parcialidade do traballador ao longo da súa vida activa (García Valverde & Khurtsidze, 2018, páx. 260)]:

- a. Días de cotización acreditados: Téñense en conta os distintos períodos en alta do traballador con contrato a tempo parcial, calquera que fose a duración da xornada. A este aplícaselle o coeficiente de parcialidade (porcentaxe da xornada realizada a tempo parcial respecto da xornada realizada por un traballador a tempo completo comparable), resultando o número de días que se considerarán efectivamente cotizados. Días aos que se lle sumarán, no seu caso, os días cotizados a tempo completo, obténdose así o total de días de cotización acreditados computables para o acceso ás prestacións.
- b. Coeficiente global de parcialidade. Concretados os días de cotización, calcúlase o coeficiente global de

parcialidade, sendo este a porcentaxe que representa o número de días traballados e acreditados como cotizados sobre o total de días en alta ao longo de toda a vida laboral do traballador (ou sobre un determinado período de tempo -cinco ou sete anos- segundo se trate da prestación por IT ou por nacemento de fillo).

- c. Período mínimo de cotización. O período mínimo de cotización esixido aos traballadores a tempo parcial para as prestacións económicas da Seguridade Social é o resultado de aplicar ao período regulado con carácter xeral o coeficiente global de parcialidade. Ademais, fíxanse regras singulares para os supostos nos que se esixan períodos de carencia específicos.

Con relación á determinación da contía das pensións de xubilación e de incapacidade permanente derivada de enfermidade común, a nova disposición legal concreta que o número de días cotizados se incrementa coa aplicación do coeficiente do 1,5, sen que o número de días resultante poida ser superior ao período de alta a tempo parcial. Contendo regras específicas para os supostos nos que non se alcance un período de cotización de 15 anos [o que foi cualificado como un modelo enrevesado de lexislar (Sempere Navarro, 2013) sen que se escurecese o principio de proporcionalidade asumido e a súa posible censura de futuro -o que finalmente ocorreu-].

Con esta medida, recolle a Exposición de Motivos do texto de urxencia, o Goberno flexibiliza o número de anos requiridos para acceder a unha prestación, garantindo o principio de igualdade dos traballadores, tanto para os de tempo parcial como para os de tempo completo, dando cumprimento así á sentenza do Tribunal Constitucional. Sen deixar de mencionar que a norma se sustenta no principio de proporcionalidade tanto no acceso ao dereito ás prestacións, pensións e subsidios, como á súa contía.

Cúmprese, a ollos do Executivo, os seguintes obxectivos:

"1. Dar cobertura adecuada a todas as persoas que realizan unha actividade laboral ou profesional.

2. Manter os principios de contributividade, proporcionalidade e equidade que caracterizan o Sistema Español de Seguridade Social.

3. Manter a equidade respecto da situación dos traballadores a tempo completo.

4. Evitar situacións fraudulentas ou irregulares, así como evitar a desincentivación da cotización ao Sistema”.

Por iso é polo que, conforme á disposición transitoria primeira do texto legal, as regras contidas son igualmente de aplicación para causar dereito a todas aquelas prestacións que con anterioridade á súa entrada en vigor fosen denegadas por non acreditar o período mínimo de cotización esixido no seu caso, aínda que con efectos económicos limitados; así como que se rexan por estas novas regras aquelas solicitudes de prestacións que se atopasen en trámite na data de entrada en vigor do real decreto-lei.

Ningunha modificación se introduciu nesta materia por Lei 1/2014, do 28 de febreiro, para a protección dos traballadores a tempo parcial e outras medidas urxentes na orde económica e social, manténdose a redacción en iguais termos.

Regras trasladadas no seu conxunto, aínda cando de maneira máis ordenada e seriada, ao Real decreto lexislativo 8/2015 do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social a través dos seus artigos 245 a 248.

3. AS CUESTIÓNS CONFLITIVAS: PRESTACIÓNS NO PUNTO DE MIRA

3.1. A PRESTACIÓN POR DESEMPREGO: UN PRONUNCIAMIENTO DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DA UNIÓN EUROPEA FOI SUFICIENTE PARA DESMONTAR UNHA ESTRUCTURA SÓLIDAMENTE ANCORADA [STXUE DO 9 DE NOVEMBRO DE 2017, ESPADAS RECIO, ASUNTO C-98/15 (ECLI:EU:C:2017:833)]

3.1.1. Os antecedentes de feito

O Xulgado do Social núm. 33 de Barcelona formulou unha petición de decisión prexudicial, conforme ao artigo 267 TFUE, no que cuestionaba:

«1) [Debe interpretarse], en aplicación da doutrina sentada pola [sentenza do 10 de xuño de 2010, Bruno e outros (C-395/08 e C-396/08, EU:C:2010:329)], [que] a cláusula 4 do [Acordo Marco] resulta aplicable a unha prestación contributiva por desemprego como a establecida no art. 210 da [LXSS] española, financiada exclusivamente polas cotizacións achegadas polo traballador e as empresas que o empregaron, en función dos períodos de ocupación cotizada nos seis anos anteriores á situación legal de desemprego?

2) [En] o caso [de] que a anterior sexa resolta afirmativamente, [debe interpretarse], en aplicación da doutrina sentada pola [sentenza do 10 de xuño de 2010, Bruno e outros (C-395/08 e C-396/08, EU:C:2010:329)], a cláusula 4 do [Acordo Marco] no sentido de que se opón a unha norma nacional que, como ocorre co artigo 3, apartado 4, do [RD 625/1985], ao que se remite a regra 4ª do apartado 1 da Disposición adicional 7ª da [LXSS] — nos casos de traballo a tempo parcial “vertical” (traballo só tres días á semana)— exclúe, a efectos do cálculo da duración da prestación por desemprego, os días non traballados a pesar de cotizarse por eles, coa consecuente minoración na duración da prestación recoñecida?

3) [Debe interpretarse] a prohibición de discriminación por razón de sexo, directa ou indirecta, que contempla o art. 4 da Directiva 79/7 [en] o sentido [de] que impediría ou se opoñería a unha norma nacional que, como ocorre co artigo 3, apartado 4, do [RD 625/1985], nos casos de traballo a tempo parcial “vertical” (traballo só tres días á semana), [exclúe] do cómputo como días cotizados os días non traballados, coa consecuente minoración na duración da prestación por desemprego?»

Os antecedentes de feito que motivaron estas cuestións concréntanse como segue:

- A Sra. Espadas Recio traballou a tempo parcial durante case tres lustros. A súa prestación de servizos incluíase no denominado traballo a tempo parcial vertical, desenvolvendo a súa actividade laboral durante tres días, ou catro segundo as semanas, cunha xornada de traballo reducida.

- Concluída a súa relación laboral, a Sra. Espadas Recio solicitou unha prestación por desemprego, séndolle recoñecida polo SEPE por un período de 120 días (ampliada posteriormente a 420 días) ao entender a entidade pública que só debían terse en conta os días efectivamente traballados (1.387 días), e non os seis anos de cotización no seu conxunto durante os cales desenvolvera a súa actividade de maneira continuada (con base no artigo 210 do Real decreto lexislativo 8/2015, do 30 de outubro, en combinación co artigo 3, apartado 4, do Real decreto 625/1985, do 2 de abril).
- Considerando a parte demandante que cotizara pola totalidade do últimos seis anos, a Sra. Espadas Recio presentou unha demanda perante o xulgado do Social nº 33 de Barcelona impugnando as liquidacións individuais efectuadas polo SEPE, solicitando unha prestación por desemprego cunha duración de 720 días ao cotizar durante 2.160 días.
- En opinión da Sra. Espadas Recio, a exclusión dos días non traballados do cómputo de cotización, para os efectos do cálculo da duración de prestación por desemprego, supón introducir unha diferenza de trato en detrimento dos traballadores a tempo parcial de tipo vertical.

Ante tal suposto, o órgano xurisdiccional nacional sinala que a normativa interna controvertida permite ter en conta unicamente os días traballados, e non todo o período de cotización, isto é, os días de cotización obrigatoria non se toman en consideración na súa totalidade para determinar a duración da prestación por desemprego.

Para este órgano xurisdiccional os traballadores a tempo parcial verticais atópanse dobremente penalizados, dado que o principio de *pro rata temporis* se aplica dúas veces: dunha parte, o seu menor salario mensual implica unha prestación por desemprego dun importe proporcionalmente inferior e, doutra, redúcese a duración da prestación en tanto que só se teñen en conta os días traballados, e non todo o período de cotización.

Situación que lles diferencia dos demais traballadores, xa traballen a tempo parcial na modalidade horizontal (traballo durante todos os días laborables), xa o fagan a xornada completa (independentemente da repartición de horas de traballo durante a semana), cuxa duración da prestación por desemprego se calcula sobre a totalidade dos días cotizados.

Por último, o Xulgado do Social núm. 33 de Barcelona engade que está demostrado que a normativa controvertida no litixio principal afecta a unha proporción moito maior de mulleres que de homes [un estudo detallado (Pérez del Prado, 2018, págs. 295-315)].

3.1.2. Os fundamentos da STXUE

Unha vez establecido que a prestación contributiva por desemprego controvertida no litixio principal non se atopa comprendida no concepto de «condicións de emprego», no sentido da cláusula 4, apartado 1, do Acordo Marco e non procedendo, polo tanto, dar resposta á segunda cuestión formulada, o Tribunal de Xustiza entra na análise da terceira das cuestións expostas.

Lémbrese que, en esencia, o órgano xurisdiccional remitente pregunta se o artigo 4, apartado 1, da Directiva 79/7 debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa dun Estado membro que, no caso do traballo a tempo parcial vertical, exclúe os días non traballados do cálculo dos días cotizados e que reduce deste xeito o período de pago da prestación por desemprego, cando está acreditado que a maioría dos traballadores a tempo parcial vertical son mulleres que resultan prexudicadas por tales medidas nacionais.

E a resposta é afirmativa, debéndose interpretar o artigo 4, apartado 1, da Directiva 79/7 no sentido de que se opón á normativa controvertida.

As súas consideracións de maneira breve son as seguintes:

- A competencia dos Estados membros para organizar os seus sistemas de seguridade social atopa como límite o Dereito da Unión (sentenzas do 16 de maio de 2006, Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, apartado

- 92 e xurisprudencia citada, e do 5 de novembro de 2014, Somova, C-103/13, EU:C:2014:2334, apartados 33 a 35 e xurisprudencia citada).
- A discriminación indirecta está presente cando a aplicación dunha medida nacional, aínda que formulada de maneira neutra, prexudique de feito a un número moito maior de mulleres que de homes (sentenzas do 20 de outubro de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 56 e xurisprudencia citada, e do 22 de novembro de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 29).
 - É dende esta perspectiva de discriminación indirecta dende a cal debe abordarse a cuestión litixiosa [a diferenza da STXUE do 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, asunto C-527/13, (EU:C:2015:215), por canto, en primeiro lugar, naquela o Tribunal non dispoñía de información estatística irrefutable sobre o número de traballadores a tempo parcial cuxas cotizacións se viron interrompidas ou que puxese de manifesto que este grupo de traballadores estivese maioritariamente composto por mulleres e, en segundo lugar, que a medida tiña efectos aleatorios, debido a que para determinados traballadores a tempo parcial a súa aplicación podía mesmo supoñer unha vantaxe] (González Díaz, 2018, páx. 350) e (Pérez del Prado, 2018, pág. 301).
 - Como sinalaba a Sra. Eleanor Sharpston nas súas conclusións presentadas o 16 de marzo de 2017 a norma cuestionada non é directamente discriminatoria (apartado 44) (García Valverde & Khurtsidze, 2018, páx. 257).
 - Os datos estatísticos achegados polo órgano xurisdiccional remitente, non cuestionados, manifestan a feminización do traballo a tempo parcial e ademais é obvio que todos os traballadores a tempo parcial vertical resultan prexudicados por esta medida nacional.

- Nestas circunstancias, o Tribunal de Xustiza sinala que unha medida como a controvertida no litixio principal constitúe unha diferenza de trato en prexuízo das mulleres, polo que ha de entenderse contraria ao artigo 4, apartado 1, da Directiva 79/7, a menos que estea xustificada por factores obxectivos alleos a calquera discriminación por razón de sexo. Circunstancia que concorre cando os medios elixidos responden a unha finalidade lexítima da política social, son adecuados para alcanzar este obxectivo e son necesarios a tal fin (véxase, neste sentido, a sentenza do 22 de novembro de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 32).
- Non constitúe o principio de «cotización ao sistema de seguridade social» para respectar a proporcionalidade do sistema entre cotizacións realizadas e prestacións futuras esa finalidade lexítima de política social, non é adecuada para a consecución do fin pretendido e tampouco é necesaria para iso.

Non se cumpre o principio de proporcionalidade coa suficiente entidade como para xustificar o trato diferenciador (Carrascosa Bermejo, 2019, páxs. 507-519).

Como de maneira máis clara expresa a Avogada Xeral o sistema trata de maneira distinta aos dous colectivos de traballadores. No caso dos traballadores a tempo parcial «vertical», dá máis importancia aos días efectivamente traballados que ao período de tempo que o traballador emprega en facer o seu traballo durante o transcurso dunha semana laboral.

Esta circunstancia crea unha anomalía ilóxica e de carácter punitivo que coloca aos traballadores a tempo parcial «vertical» nunha situación de desvantaxe [unha primeira lectura a esta sentenza en (García Valverde & Khurtsidze, 2018, páx. 262 e ss.)].

3.1.3. A solución arbitrada: Real decreto 950/2018, do 27 de xullo

Por recomendación da Avogacía do Estado no Ministerio de Emprego e Seguridade Social e para dotar o marco protector dunha maior seguridade xurídica ante a situación creada tras o pronunciamento do Tribunal de Xustiza [propostas xa contidas dende a doutrina científica (García Valverde & Khurtsidze, 2018, páxs. 263-264)], o pasado 29 de xullo de 2018 entrou en vigor o Real decreto 950/2018, do 27 de xullo, polo que se modifica o apartado 4 do artigo 3 do Real decreto 625/1985, do 2 de abril, polo que se desenvolve a Lei 31/1984, do 2 de agosto, de protección por desemprego

A partir deste intre, para o cálculo da duración da prestación por desemprego as cotizacións acreditadas a tempo parcial computaranse por todo o período durante o que o traballador permanecese en alta. Resulta xa indiferente que se traballase todos os días laborables ou só parte destes (isto é, sexa traballador a tempo parcial vertical ou horizontal), e iso, calquera que fose a duración da xornada. En todo caso, concreta a norma, exclúense deste cómputo os períodos de inactividade produtiva dos traballadores fixos descontinuos, incluídos os que realicen traballos fixos e periódicos que se repitan en datas certas (Pérez del Prado, 2018, págs. 304-305).

3.2. E VOLTA A EMPEZAR. A PENSIÓN DE XUBILACIÓN: REPETINDO O ÍTER UNHA VEZ PERCORRIDO (SENTENZAS DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DA UNIÓN EUROPEA E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

3.2.1. A STXUE do 8 de maio de 2019, Villar Láiz, asunto C-161/18 (ECLI:EU:C:2019:382)

3.2.1.1. *O elemento conflitivo*

No presente suposto preséntanse certas similitudes co abordado na STXUE do 22 de novembro de 2012, Elbal Moreno, asunto C-385/11, analizada *supra*. En esencia a cuestión controvertida é a mesma, a adecuación ao ordenamento da Unión Europea das regras internas sobre o cómputo dos períodos cotizados para o acceso á pensión de

xubilación das persoas que realizaron traballos a tempo parcial con relación, agora, á determinación da contía da pensión de xubilación.

A diferenza radica en que agora a norma en litixio non é a disposición adicional sétima do Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño, como o foi entón, senón os preceptos contidos nos artigos 245 e seguintes do Real decreto lexislativo 8/2015, do 30 de outubro [un estudo completo desta regulación pode consultarse en (García Valverde & Khurtsidze, 2018, páx. 259 e ss.)]. Ou, dito doutro xeito, a regulación resultante tras a anulación da precedente pola STC 61/2013, do 14 de marzo, e a STXUE anteriormente referenciada, Elbal Moreno.

Cuestiónase agora, en definitiva, se a fórmula do ano 2013, inalterada nos anos 2014 e 2015, conforme á cal non se computan como completos os períodos traballados a tempo parcial, senón proporcionalmente en relación co seu carácter parcial como resultado da aplicación dun coeficiente de parcialidade, elevado por un coeficiente corrector (1,5), para o cálculo da porcentaxe aplicable á base reguladora para cuantificar a pensión de xubilación, é axustado á normativa da Unión.

O caso litixioso concrétese como segue:

- A Sra. Villar Láiz solicitou ao INSS o recoñecemento dunha pensión de xubilación, séndolle esta recoñecida nunha porcentaxe do 53% da base reguladora. Suposto no que influíu que a demandante traballara durante unha parte importante da súa vida laboral a tempo parcial.
- Desconforme con esa resolución da entidade xestora, a litigante reclamou que para calcular o importe da súa pensión de xubilación se aplicase unha porcentaxe do 80,04%, entendendo que os períodos en que traballou a tempo parcial habían de ser tomados do mesmo xeito que se fosen períodos de traballo a tempo completo. Petición non aceptada pola Administración pública.
- Tras esgotar a vía administrativa e iniciada a xudicial, en primeira instancia tamén foi desestimada a súa pretensión de que a diferenza de trato

establecida pola normativa nacional daba lugar a unha discriminación indirecta por razón de sexo. Entendeu entón o Xulgado do Social que a diferenza de trato dispensada os traballadores a tempo parcial a efectos do cálculo da pensión de xubilación non constitúe unha discriminación irracional ou non xustificada, senón que a fórmula aplicada persegue o obxectivo de adaptar o cálculo ás cotizacións realizadas, conforme ao principio de *pro rata temporis*.

- Recorrida en suplicación, o órgano xurisdiccional nacional [un completísimo e mencionado estudo sobre a resolución xudicial que puxo fin a esta cuestión controvertida pode consultarse en (Carrascosa Bermejo, 2019, páxs. 507-519)] decidiu suspender o procedemento e expor ao Tribunal de Xustiza as seguintes cuestións prexudiciais:

«1) De acordo co Dereito español para calcular a pensión de xubilación debe aplicarse á base reguladora calculada sobre os salarios dos últimos anos unha porcentaxe que está en función do número de anos cotizados durante toda a vida laboral. Debe considerarse que unha norma de Dereito interno, como é a contida nos artigos 247, letra a), e 248.3 da [LXSS], que reduce o número de anos computables para aplicar a porcentaxe no caso de períodos traballados a tempo parcial, é contraria ao artigo 4, apartado 1, da Directiva [79/7]? Esixe o artigo 4, apartado 1, da Directiva [79/7] que o número de anos cotizados tomados en consideración para fixar a porcentaxe aplicable ao cálculo da pensión de xubilación se determine da mesma maneira para os traballadores a tempo completo e a tempo parcial?

2) Debe interpretarse que unha norma de Dereito interno como a controvertida no presente litixio é tamén contraria ao artigo 21 da [Carta], de maneira que o órgano xurisdiccional nacional está obrigado a garantir a plena eficacia da Carta e a inaplicar as disposicións lexislativas de Dereito interno controvertidas, sen solicitar ou esperar a súa previa derogación polo lexislador ou mediante calquera outro procedemento constitucional?»

Para o Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León a normativa interna produce efectos desfavorables

(dobremente punitivos) para os traballadores a tempo parcial respecto dos traballadores a tempo completo. Ademais de que os salarios dos traballadores a tempo parcial son máis baixos, por tanto as súas bases de cotización son máis pequenas e as bases reguladoras exiguas, este sistema reduce, en función do carácter parcial do tempo de traballo, o período de cotización tomado en consideración para calcular a porcentaxe aplicable á base reguladora. Cunha incidencia directa sobre o colectivo de mulleres.

Por iso é polo que considera que as disposicións controvertidas xeran unha discriminación indirecta por razón de sexo, contraria ao artigo 4, apartado 1, da Directiva 79/7 e ao artigo 21 da Carta, non xustificada nun obxectivo lexítimo de política social [cualificando a situación creada como un bucle do que sería conveniente saír (Carrascosa Bermejo, 2019, páxs. 507-519)].

3.2.1.2. *E a resposta fundada do Tribunal de Xustiza*

Quizais sexa bo, como se realizou con anterioridade, destacar dende o inicio o posicionamento do Tribunal de Xustiza:

“O artigo 4, apartado 1, da Directiva 79/7/CEE do Consello, do 19 de decembro de 1978, sobre a aplicación progresiva do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en materias de seguridade social, debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa dun Estado membro, como a controvertida no litixio principal, segundo a cal o importe da pensión de xubilación na modalidade contributiva dun traballador a tempo parcial se calcula multiplicando unha base reguladora, determinada en función dos salarios efectivamente percibidos e das cotizacións efectivamente satisfeitas, por unha porcentaxe que depende da duración do período de cotización — período ao que se aplica un coeficiente de parcialidade equivalente á relación existente entre a xornada a tempo parcial efectivamente traballada e a xornada realizada por un traballador a tempo completo comparable e que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5—, na medida en que esta normativa prexudique en particular ás traballadoras respecto dos traballadores de sexo masculino”.

A fundamentación xurídica deste pronunciamento lembra en boa parte á empregada no asunto Elbal Moreno, aínda que con maior incisión e profundidade.

Así, considérase oportuno poñer de relevo que o Tribunal de Xustiza estima que:

- A normativa nacional non supón unha discriminación directamente baseada no sexo (apartado 36, do mesmo xeito que o apartado 44 das conclusións da Avogada Xeral Eleanor Sharpston no asunto C-385/11 (Monereo Pérez & Guindo Morales, 2019).
- Lembra o concepto de discriminación indirecta por razón de sexo (apartado 37).
- Profunda na necesidade de demostrar as situacións de desvantaxe dun colectivo sobre outro e explicita os mellores métodos de comparación, desterrando as alusións a aspectos fortuítos ou conxunturais (apartados 38-40).
- Valora positivamente os datos estatísticos para demostrar a discriminación indirecta (valendo tamén outro medios -apartado 46), atribuíndo ao órgano xudicial nacional a apreciación de en que medida as cifras existentes representan a situación da man de obra, son válidas, significativas e se se poden tomar en consideración como evidencias da situación discriminatoria da muller (apartados 40 e 45) [(Monereo Pérez & Guindo Morales, 2019), (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519) e (Álvarez Gimeno, 2019); sobre a posibilidade de ofrecer outros datos estatísticos con cifras diferentes, (Maldonado Molina, 2019, páx. 184), recollendo que os números de contratación recentes apuntan a menor presenza do colectivo de mulleres, o que fai cuestionarse esta regra como válida a futuro, debendo asir o trato discriminatorio noutros principios constitucionais].
- Insiste en que a normativa nacional contraria ao artigo 4, apartado 1, por discriminatoria, podería atopar acomodo á regulación da Unión cando esta estea xustificada por factores obxectivos e alleos (finalidade lexítima da política social do Estado

- membro, adecuadas para alcanzar o obxectivo perseguido e necesarios a tal fin) (apartados 47 e 48).
- É obxectivo válido neste sentido a salvagarda do sistema de Seguridade Social de tipo contributivo (apartados 49 e 54).
 - Con todo, a existencia na normativa nacional controvertida de dous elementos que poden reducir o importe das pensións de xubilación dos traballadores a tempo parcial (cálculo da base reguladora a partir das bases de cotización integradas pola remuneración efectivamente percibida en función das horas traballadas e aplicación dun coeficiente de parcialidade aos días cotizados aínda que atenuado por un coeficiente corrector do 1,5) é excesivo, por canto co primeiro elemento se logra o obxectivo perseguido de garantir a proporcionalidade do sistema de seguridade social.
 - A aplicación adicional dun coeficiente de parcialidade vai máis aló do necesario para alcanzar tal obxectivo (Carrascosa Bermejo, 2019, páxs. 507-519).

En definitiva, vólvese sobre o xa coñecido. Cabe a posibilidade dunha xustificación obxectiva e razoable ante supostos de discriminación indirecta por razón de xénero sempre que se cumpra unha finalidade lexítima de política de Estado, as medidas sexan adecuadas para a consecución do fin e estas resulten necesarias.

Non acepta o Tribunal de Xustiza, con todo, que estas circunstancias concorran cando se fixa unha dobre vía de penalización ou agravamento para o acceso ás prestacións do sistema da Seguridade Social para os traballadores que desenvolveron parte da súa actividade laboral a tempo parcial.

3.2.2. O pronunciamento do Tribunal Constitucional: SSTC 91 e 92/2019, do 3 e 15 de xullo

3.2.2.1. *Un breve apuntamento sobre a cuestión en conflito*

Pouco menos de dous meses despois do pronunciamento do Tribunal de Xustiza o Tribunal Constitucional enfrontouse a unha cuestión de inconstitucionalidade sobre a mesma materia, a voltas sobre a disposición adicional sétima do Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño, na redacción dada polo Real decreto-lei 11/2013, do 2 de agosto. En especial sobre un aspecto moi concreto desta regulación, a letra c) da súa regra terceira do apartado 1, isto é, a aplicación dun coeficiente corrector (1,5) ao número de días cotizados calculados de acordo coas regras fixadas para a determinación da contía da pensión de xubilación para os traballadores que desempeñaron actividade a tempo parcial.

Os seus antecedentes, brevemente, concrétnanse como segue:

- O demandante traballou durante boa parte da súa vida activa a tempo parcial.
- Recoñecida a pensión de xubilación foi nunha porcentaxe do 95,06 por 100 sobre a base reguladora, de acordo coas normas de cálculo da pensión de xubilación para traballadores a tempo parcial.
- En vía xudicial o demandante instou a formulación de cuestión de inconstitucionalidade da norma litixiosa por ser contraria ao art. 14 CE ao deparar un trato desigual inxustificado aos traballadores a tempo parcial respecto dos traballadores a tempo completo. Esta foi desestimada ao entender o Xulgado do Social que tendo en conta os principios de contribución e proporcionalidade que informan o sistema de Seguridade Social, non cabía apreciar a lesión constitucional alegada (SSTC 253/2004, do 22 de decembro, e 156/2014, do 25 de setembro).
- Igual sorte desestimatoria mereceu o recurso de suplicación interposto. A Sala entendeu entón axustada a dereito a fórmula de cálculo fixada e considerou que o precepto legal aplicado non vulneraba o dereito á igualdade dos traballadores a tempo parcial (SSTC 253/2004 e 156/2014), facendo especial énfase en que aínda que tales decisións non

examinaran concretamente a norma litixiosa, o criterio de proporcionalidade instaurado na doutrina constitucional en relación ao tratamento desigual entre traballadores a tempo parcial e a tempo completo resultaba aplicable.

- Ante tales respostas o actor formulou recurso de amparo fronte ás resolucións administrativas e xudiciais anteriores, argumentando que infrinxían o seu dereito á igualdade ante a lei (art. 14 CE).
- A Sala Segunda do Tribunal Constitucional acordou expor cuestión interna de inconstitucionalidade por canto o precepto litixioso, só e na súa aplicación conxunta coa regra segunda, letra a), parágrafo segundo, da mesma disposición adicional e apartado, ofrece dúbidas sobre a súa adecuación ao principio de igualdade ante a lei (art. 14 CE) entre traballadores a tempo completo e traballadores a tempo parcial, en prexuízo destes últimos. As súas razóns foron las seguintes: non se atopa unha xustificación obxectiva e razoable da diferenciación existente no cómputo dos períodos cotizados entre os traballadores a tempo parcial e os traballadores a tempo completo, nin na Exposición de Motivos do Real decreto-lei 11/2013, nin nas regras de cotización que informan o sistema da Seguridade Social (nacemento e obrigación de cotizar), así como tamén se ve afectado o principio de proporcionalidade ao coexistir dous elementos punitivos (baixas bases reguladoras e redución do período de cotización). Ademais, a Sala sinala que existen dúbidas fundadas sobre a súa inconstitucionalidade por discriminación indirecta por razón de sexo, en prexuízo da muller traballadora a tempo parcial.
- Sobre o fondo do asunto, e coa resposta ofertada á cuestión anunciada *supra*, pronunciouse días despois do Tribunal Constitucional.

3.2.2.2. Os posicionamentos dos intervinientes: Avogacía do Estado, Letrada da Seguridade Social...

As dúbidas interpretativas sobre o particular puxéronse de manifesto entre os distintos actantes no proceso.

Dunha parte, a fiscal xeral do Estado interesou a declaración de inconstitucionalidade e nulidade da disposición cuestionada [chamando a atención sobre este particular (Álvarez Gimeno, 2019)]. Entende a fiscalía que o ata o de agora examinado nas SSTC 253/2004 e 61/2013 é distinto do que agora se discute. As dúas escalas instauradas pola lexislación posterior para acceder ás prestacións contributivas do sistema e para fixar a porcentaxe sobre a base reguladora supoñen, a xuízo desta parte, unha desigualdade que carece de xustificación obxectiva e razoable, e carece de proporcionalidade ao esixir aos traballadores a tempo parcial uns períodos reais de cotización notoriamente superiores aos dos traballadores a tempo completo para alcanzar o mesmo porcentaxe sobre a base reguladora, incluso realizando as mesmas cotizacións. Ademais, aduce que estas regras, ao ter unha incidencia predominante sobre o emprego feminino provocan unha discriminación indirecta por razón de sexo.

Doutra, o Avogado do Estado solicita a desestimación da cuestión de inconstitucionalidade. Sostén, de inicio, que o dereito á protección social é de estrita configuración legal, rexido polos principios de contributividade e de igualdade no sentido harmonioso e asentado da doutrina constitucional. Aspectos estes nos que se sustenta a adecuación á Carta Magna da norma cuestionada. Non pode deixar de mencionarse, afirma, que se trata dunha regra proporcional: horas traballadas transformadas a hipotéticos días traballados, apoiándose no principio contributivo. Non se produce efecto legal discriminatorio neste sentido dende a perspectiva constitucional. Engade que non hai unha dobre redución da pensión, xa que a segunda regra aplicable se atopa matizada pola aplicación do coeficiente corrector. A pensión menor responde, en definitiva, a que se trata de traballadores que obxectivamente cotizaron por menor tempo que outros. Tamén se opón á concorrencia dunha posible discriminación indirecta por razón de sexo, en tanto que o hipotético trato diferenciador no cálculo da

contía da pensión de xubilación afecta tanto a homes como a mulleres.

E, por último, a Letrada da Administración da Seguridade Social, en representación do INSS e da TXSS, interesou a desestimación da cuestión de inconstitucionalidade respecto da vulneración do principio de igualdade e a inadmisión parcial da cuestión de inconstitucionalidade por discriminación indirecta por razón de sexo. Desta parte a nova redacción fixada polo Real decreto-lei 11/2013 garante o principio de igualdade entre os traballadores a tempo completo e os traballadores a tempo parcial, recollendo unha fórmula a través da cal se esixe o mesmo esforzo ao traballador a xornada completa e ao traballador a xornada parcial, garantindo a proporcionalidade tanto no acceso ás prestacións como na súa contía, seguindo os principios de contributividade e equidade que caracterizan o sistema español de Seguridade Social. Trátase de supostos que presentan características relevantes suficientes como para admitir un trato cuxas diferenzas sexan obxectivamente razoables e proporcionais. Con relación á discriminación indirecta por razón de sexo, a Letrada considera que é irrelevante para a decisión do asunto no que o demandante é home. Con todo, nas súas alegacións sostén que a norma é aplicable por igual a mulleres e homes, que na actualidade o contrato a tempo parcial se incrementou con carácter xeral, equilibrándose as posicións entre ambos os colectivos e que a iso se une que a situación das mulleres respecto das prestacións de Seguridade Social se viu mellorada nos últimos anos con diversas medidas (períodos de cotización asimilados por parto, beneficios por coidados de fillos ou menores ou o complemento por maternidade).

3.2.2.3. *A fundamentación xurídica da STC*

Afastando o presente estudo de calquera aproximación a outras cuestións colaterais contidas na sentenza do intérprete constitucional (por exemplo, de cuestións preliminares sobre a vixencia da norma cuestionada, obxeccións de admisibilidade...) procede agora comentar a fundamentación xurídica da STC 91/2019.

Sintetiza, en primeiro lugar, a doutrina constitucional sobre a igualdade en xeral (cos seus dous contidos, dereito á igualdade e prohibicións de discriminación entre cuxas razóns ou motivos de discriminación expresamente prohibidos se atopa a discriminación por razón do sexo, FJ 4) atraendo a súa reiterada xurisprudencia (SSTC 200/2001, do 4 de outubro, FJ 4; 253/2004, do 22 de decembro, FJ 5; 61/2013, FJ 4 a); 156/2014, FJ 4; 128/1987, do 16 de xullo, FJ 5; 166/1988, do 26 de setembro, FJ 2, e 145/1991, do 1 de xullo, FJ 2): supostos de feito iguais han de ser tratados identicamente; non toda desigualdade de trato supón infracción constitucional, senón só aquela que carece dunha xustificación obxectiva e razoable; a diferenciación lícita require que o fin que persegue o sexa, que as súas consecuencias xurídicas sexan adecuadas e proporcionadas ao devandito fin....

Concreta, doutra parte, o alcance das obrigas que o artigo 41 CE impón aos poderes públicos (compendiado nas SSTC 197/2003, do 30 de outubro, FJ 3, e 213/2005, do 21 de xullo, FJ 3): o dereito que os cidadáns poidan ostentar en materia de Seguridade Social é un dereito de configuración legal, modulado con liberdade polo lexislador en materia de acción protectora en atención a circunstancias económicas e sociais.

Asevera que esta liberdade do lexislador para modular a acción protectora está suxeita ao respecto dos principios constitucionais, ás esixencias do principio de igualdade e non discriminación (STC 61/2013, FJ 6). Por iso afánase en aclarar o contido da STC 253/2004 sobre a razoabilidade e proporcionalidade de que as bases reguladoras das prestacións da Seguridade Social se calculen en función das cotizacións efectivamente realizadas, e de aí a menor pensión dos traballadores a tempo parcial. Non foron outras cuestións, como serían os novos criterios dos períodos de cotización, as abordadas na STC 253/2004 dos que se limitou a dar conta sen pronunciarse sobre a constitucionalidade desta nova normativa.

Repasa a Xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea sobre estas cuestións, destacando a indubidable relevancia que adquiren os criterios seguidos nas sentenzas

do Tribunal de Xustiza do 22 de novembro de 2012 (Elbal Moreno), 14 de abril de 2015 (Cachaldora Fernández), 9 de novembro de 2017 (Espadas Recio) e 8 de maio de 2019 (Villar Láiz), ocupando un extenso FJ 7 a síntese destes pronunciamentos. Con especial atención, a abordar a mesma cuestión conflitiva, no asunto Villar Láiz [segue, sinalouse, o ronsel do TXUE (Carrascosa Bermejo, 2019, páxs. 507-519)].

Exposta a doutrina constitucional aplicable e a europea como criterio interpretativo, o Tribunal Constitucional aclara a cuestión conflitiva: a compatibilidade co principio constitucional de igualdade e coa prohibición de discriminación por razón de sexo de que a contía da pensión da seguridade social á que teñen dereito os traballadores a tempo parcial se reduza en proporción á parcialidade da xornada.

E apuntala que a regra cuestionada non supera o filtro de constitucionalidade por non adecuarse ao principio de igualdade ante a lei do 14 CE polas seguintes razóns (FJ 9) (Carrascosa Bermejo, 2019, páxs. 507-519):

- A diferenza de trato na fixación do período de cotización, de maneira natural para os traballadores a tempo completo, en función do tempo real, e de maneira artificiosa para os traballadores a tempo parcial castiga sobre todo aos traballadores con menos porcentaxe de parcialidade.
- Non se atopa unha xustificación obxectiva e razoable desta diferenciación na exposición de motivos do Real decreto-lei 11/2013 [unha aproximación a estas cuestións (Sánchez-Urán Azaña & Moreno Romero, 2019)].
- Os principios de contribución ao sistema, proporcionalidade e equidade xa están salvagardados co método de cálculo da base reguladora non sendo necesarias medidas complementarias de protección.
- É contrario ao principio de contributividade e proporcionalidade que se descoñeza en parte o tempo de cotización só para o colectivo de traballadores a tempo parcial, restándollo do período real de cotización.

Ademais, con relación á posible discriminación indirecta por razón de sexo prohibida en igual precepto constitucional o Tribunal sinala (FJ 10):

- Que o contrato a tempo parcial é unha institución que afecta de feito predominantemente ao sexo feminino, o que obriga a examinar con maior cautela o impacto da regra cuestionada para descartar a existencia dunha discriminación indirecta prohibida.
- Non se probou no proceso que a norma que dispensa esta diferenza de trato responda a unha medida de política social, máis aló das consideracións relativas ao carácter contributivo do noso sistema de seguridade social.
- O principio de contributividade que informa o sistema de seguridade social xustifica sen dúbida que o lexislador estableza que as bases reguladoras das prestacións se calculen en función do efectivamente cotizado.
- En cambio, non resulta xustificado que se estableza unha diferenza de trato entre traballadores a tempo completo e traballadores a tempo parcial en canto á redución adicional da base reguladora mediante unha porcentaxe derivada dun “coeficiente de parcialidade” que reduce o número efectivo de días cotizados, resultando prexudicial para os traballadores a tempo parcial e predominantemente para as mulleres traballadoras.

En consecuencia, conclúe o Tribunal Constitucional estimando a inconstitucionalidade exposta tanto por vulnerar o dereito de igualdade como por constituír unha discriminación indirecta por razón de sexo, aínda que unicamente da remisión que o parágrafo primeiro da letra c) da regra terceira (“Bases reguladoras”) realiza, en relación coa determinación da contía das pensións de xubilación, ao parágrafo segundo da letra a) da regra segunda (“Períodos de cotización”) da mesma disposición adicional sétima (FJ 11). Asímlase o período de tempo en alta ao período cotizado para a determinación da porcentaxe aplicable á pensión de xubilación (Sánchez-Urán Azaña & Moreno Romero, 2019).

Reside aquí o valor do pronunciamento constitucional, no que non fai basear en exclusiva sobre a desigualdade entre colectivos de mulleres e homes a crítica á regulación legal, senón que se fundamenta con carácter principal no carácter discriminatorio da norma dos traballadores a tempo parcial respecto dos traballadores a tempo completo, sinalando o camiño para futuras situacións de conflito (Maldonado Molina, 2019, páx. 186).

3.2.2.4. *O criterio do INSS*

A resultados do pronunciamento do Tribunal Constitucional comentado a entidade xestora ditou o Criterio de xestión: 17/2019, do 12 de agosto. Adopta no mesmo un criterio interpretativo provisional ata a modificación da norma que permite aplicar a mencionada sentenza na determinación da contía das pensións de xubilación cando os interesados desempeñaron traballos a tempo parcial [sobre as consecuencias directas que despreza esta sentenza en termos numéricos de situacións revisables (Maldonado Molina, 2019, páx. 187) e (Nieto Rojas, 2019)].

Sinala sobre este particular que:

- A STC afecta unicamente á determinación da porcentaxe aplicable á base reguladora para o cálculo da contía da pensión de xubilación, quedando inalterada a fórmula de cálculo da base reguladora da pensión de incapacidade permanente derivada de enfermidade e a aplicación da porcentaxe de xubilación [circunstancia quizais cuestionable ante as resolucións acaecidas, como sinala (Carrascosa Bermejo, 2019, págs. 507-519) para quen carece xa de sentido a aplicación do coeficiente de parcialidade nestes supostos (Álvarez Gimeno, 2019). Así como tamén para outras prestacións (Ron Latas, 2013, págs. 59-63), cuestionando esta posibilidade (Álvarez Gimeno, 2019)].
- A aplicación da sentenza do TC implica que se tomen en consideración os períodos nos que o devandito traballador a tempo parcial permanecese en alta, calquera que sexa a duración da xornada.

- A nova fórmula de cálculo produce efectos a partir do 12 de agosto de 2019, data de publicación da STC no BOE/BOE.
- Ha de preservarse a cousa xulgada non estendéndose as novas regras ás situacións administrativas firmes (Carrascosa Bermejo, 2019, páxs. 507-519).
- Os expedientes de pensión de xubilación e reclamacións previas que a 12 de agosto de 2019 se atopasen pendentes de resolución resolveranse aplicando a sentenza do TC.
- Nas resolucións de recoñecemento de pensión de xubilación que a 12 de agosto de 2019 non fosen firmes (suposto de desestimación -expresa ou tácita- da reclamación previa formulada contra a resolución administrativa), sen que transcorrese o prazo para formular demanda xudicial nin esta fose interposta, a situación administrativa é definitiva en vía administrativa, pero non é aínda firme, polo que se revisará de oficio ou se resolverá aplicando a sentenza do TC, con data de feito causante e efectos económicos que correspondesen inicialmente [sobre os efectos estendidos que tendía a aplicación da STXUE (Maldonado Molina, 2019, páx. 188)].

4. A MODO DE COROLARIO

A pretendida proporcionalidade e contributividade do sistema da Seguridade Social non parece alcanzarse fixando fórmulas que empeoran a uns traballadores fronte a outros, máis se cabe cando aquelas se logran fundamentalmente a través das bases de cotización e o cálculo das bases reguladoras. É aí onde se dispón de campo de acción no que con elementos obxectivos e razoables fixar elementos diferenciadores admisibles constitucionalmente entre traballadores a tempo parcial e traballadores a tempo completo.

As minguadas arcas do sistema non poden empuxar á fixación de regras enrevesadas que aquilaten a contía achegada ao sistema coas percepcións en modo de

prestacións só para algúns determinados bloques de traballadores, no que aquí incumbe aos traballadores a tempo parcial.

Non pode deixar de mencionarse neste sentido que a cotización dos traballadores, en calquera das súas modalidades contractuais (salvo excepcións), se estende dende a alta e durante toda a vixencia do contrato, de acordo cunha base de cotización mensual (Maldonado Molina, 2019, páxs. 178-188).

Por iso, como sinalou un sector da doutrina científica, a reforma que está por vir debe optar polo cómputo da vida laboral en función do tempo asegurado (do mesmo xeito que ocorreu en desemprego) equiparando traballadores a tempo completo e a tempo parcial (Maldonado Molina, 2019, páx. 188).

Faise necesaria, en definitiva, unha regulación integral sobre a protección social do traballo a tempo parcial que absorba e neutralice aqueles visos de desigualdade inxustificada ou de discriminación por razón de sexo que ameazan constantemente a ordenación do modelo de protección social desta forma de traballo [así se manifestaron recentemente (Sánchez-Urán Azaña & Moreno Romero, 2019) e (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.
- Borrajó 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.