



Roj: **AJSO 7/2015** - ECLI: **ES:JSO:2015:7A**

Id Cendoj: **08019440332015200003**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **33**

Fecha: **06/02/2015**

Nº de Recurso: **20/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOAN AGUSTI MARAGALL**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AJSO 7/2015,**
GTJUE 16/2017,
PTJUE 256/2017

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 33 DE BARCELONA

Autos nº 20/2014.

AUTO

En Barcelona, a 6 de febrero de 2015.

Joan Agustí Maragall, Magistrado Juez, titular del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, en las presentes actuaciones en materia de desempleo a instancia de Diana contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, habiendo sido emplazado asimismo el Ministerio Fiscal, dicto la siguiente resolución:

I.- ANTECEDENTES PROCESALES

1.- En fecha 11.1.14 fue repartida a este juzgado demanda interpuesta por la demandante contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (en adelante, SPEE).

2.- Acordada su admisión, se celebró el acto del juicio en fecha 27.10.14, con comparecencia de ambas partes.

3.- Mediante providencia de fecha 5.11.14 se confirió o plazo de 10 días a ambas partes y al Ministerio Fiscal a fin que formularan alegaciones en orden a la posible necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4.- En sus respectivos escritos de alegaciones, tanto el SPEE como el Ministerio Fiscal se han manifestado contrarios al planteamiento de la cuestión, mientras que la demandante se ha expresado en términos favorables.

5.- A efectos de notificaciones se especifican las direcciones de este juzgado y de las partes en litigio:

-Juzgado de lo Social nº 33 Barcelona: Rda San Pere nº 52, entresuelo, Barcelona 08010. Fax 9355484335. (correo electrónico profesional del juez: jagusti@xij.gencat.cat).

-Demandante: Abogado Sr. Abilio Calvo Calmache, Avda. Jaume I, nº II, 4º 1º, Mollet del Valles. 08100. fax 935705810. Correo electrónico: acalvoc@uoc.edu.

-Demandado: Servicio Público de Empleo Estatal, Parc de l'Estació del Nord s/n, Barcelona 08018

II.- HECHOS CONFORMES Y/O PROBADOS EN EL LITIGIO



- 1.- La demandante ha prestado sus servicios como limpiadora, de forma ininterrumpida y desde 23.12.99, para sucesivas empresas de limpieza que se fueron subrogando en su relación laboral, con una jornada laboral de 2,5 horas los lunes, miércoles y jueves de cada semana, y 4 horas el primer viernes de cada mes.
- 2- Tales circunstancias profesionales se declararon acreditadas en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Granollers de 29.7.13. con especificación de las empresas, período de trabajo y jornada realizada. Dicha sentencia, acogiendo la pretensión de la demandante, declaró la extinción de la relación laboral con efectos de 29.7.13, por impago de salarios de la última de dichas empresas (folios 43-51 que se dan por íntegramente reproducidos).
- 3.- Solicitada por la demandante la prestación por desempleo, por resolución del SPEE de fecha 30 de septiembre de 2013 le fue inicialmente reconocida por un período de 120 días, comprendido entre las fechas 10.09.13 a 09.01.14, según una base reguladora diaria de 6,10 € día. Se computaban como días cotizados 452 y como porcentaje "por desempleo parcial", el de 15 % (expediente administrativo del SPEE, folio 39).
- 4.-Disconforme con tal resolución se interpuso reclamación previa contra la misma por entender que tenía derecho a una prestación de 720 días (folios 40-41), sin cuestionar la base reguladora.
- 5.- Dicha reclamación previa fue parcialmente estimada por resolución del SPEE de 9.12.13, reconociéndole 420 días de prestación, al considerar que, en razón de la jornada acreditada en dicha sentencia, "la duración de la prestación por desempleo está en junción de los días cotizados en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, computando los días en los trabajos a tiempo parcial como cada día trabajado como día cotizado, por lo que en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo acredita 1387 días", fundando tal criterio "según lo establecido en el art. 210 LGSS en relación con el art. 3.4 del RD 625/85".
- 6.- La demandante acredita los 6 últimos años íntegramente cotizados (salvo alguna mínima interrupción, de pocos días, irrelevante para el cómputo). Las cotizaciones son mensuales, en razón del salario mensual percibido, no por horas ni por días trabajados, dato éste último que no consta en los boletines de cotización (informe de bases de cotización aportado en fecha 21.1.15 por la Tesorería General de la Seguridad Social, a requerimiento judicial).
- 7.- A efectos de fijar la duración de la prestación (420 días), el SPEE ha tenido en cuenta exclusivamente los 1.387 días trabajados, no así el resto del período de 6 años cotizado, período según el cual le habría correspondido una prestación de 720 días.
- 8.- Según certificación de fecha 24.10.14, aportada por el SPEE el día del juicio, tras revisión de oficio, se le reconoció a la demandante una base reguladora de 10,91 € (folio 36), sin que conste en el expediente administrativo la resolución acordando dicha revisión, ni su causa, ni el cálculo numérico de la misma. La demandante, en su reclamación previa y en su demanda, no había impugnado la base reguladora de 6,10 €/día reconocida en la resolución inicial, resultante de dividir las bases de cotización de los 180 días de cotización previos al hecho causante (expediente administrativo del SPEE, folio 40).

III.- OBJETO DEL LITIGIO

La pretensión de la demandante se centra en la duración de la prestación por desempleo reconocida, al considerar que, habiendo trabajado 6 años consecutivos, cotizando por 30 o 31 días al mes (por un total de 2.160 días), le correspondería una prestación de 720 días de duración, en lugar de los 420 días de prestación reconocida. Considera que si la base reguladora de la prestación inicialmente reconocida se obtuvo -tal como dispone la normativa, sin distinción respecto al contrato a tiempo parcial- dividiendo la base de cotización mensual por el número de días cotizados (el número de días naturales del mes), todos los días cotizados - y no sólo los trabajados- deberían ser computados a efectos de carencia. No hacerlo supondría no sólo una doble penalización ilógica y contraria al principio de proporcionalidad, sino también una discriminación directa o indirecta por razón de sexo», tal como ya entendieron la STJUE de 22.11.12 y a la STC 14,3,13 respecto a las reglas de carencia en las prestaciones de jubilación e invalidez establecidas en la D^a. 7^a LGSS, dado que mayoritariamente son trabajadoras del sexo femenino las contratadas a tiempo parcial.

El SPEE, a su vez, le reconoce exclusivamente 420 días de prestación, al considerar que, en razón de la jornada acreditada en dicha sentencia, "la duración de la prestación por desempleo está en función de los días cotizados en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, computando los días en los trabajos a tiempo parcial como cada día trabajado como día cotizado, por lo que en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo acredita 1387 días", fundando tal criterio "según lo establecido en el art. 210 LGSS en relación con el art. 3.4 del RD 625/85".

III- RAZONES QUE FUNDAMENTAN LA PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL.



1.- Establecida en tales términos la discrepancia, este magistrado -como ya aconteciera al plantear la cuestión prejudicial que originó la STJUE de 22.11.12- se plantea la duda de si la norma aplicada por el SPEE -el art. 3.4 del RD 625/84- integra la doble penalización denunciada en la demanda. Como se razona en la demanda y pareció admitirse por el SPEE en el acto del juicio, no tiene ninguna lógica que si el trabajo a tiempo parcial estuviera estructurado en forma "horizontal" -1,75 horas al día, durante cinco días a la semana, hasta completar las 8,5 horas semanales- sí habría tenido derecho la demandante al máximo período de prestación, 720 días, mientras que por su carácter "vertical" -(sólo 3 días a la semana), vea reducido el período de prestación a 420 días (en proporción de 3/5 a los días trabajados), cuando el esfuerzo contributivo (cuotas ingresadas por empresa y trabajador), al venir dada exclusivamente por la base de cotización mensual, es exactamente el mismo.

2.- Cuestión parecida fue abordada por la STJUE de 10.6.10 (Bruno-Pettini), si bien en relación con las pensiones de jubilación del sistema italiano de Seguridad Social, entendiéndose que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico, excluye los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a tal pensión, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas.

3.- Y aún en el caso que se entendiera que dicha directiva no es de aplicación respecto a la prestación por desempleo, el art. 4º de la Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social dispone, en su apartado 1º, que "el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones: el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones".

4.- En el presente caso, considera este magistrado -asumiendo plenamente la tesis de la demanda- que el peor trato prestacional (en forma de menor duración de la prestación) deparado por la norma interna, el art. 3, 4 del RD 625/84, a los contratos a tiempo parcial "verticales" (en los que el trabajo se concentra en solo parte de los días de la semana) respecto a los contratos a tiempo parcial "horizontales" (con igual parcialidad en la jornada semanal, sólo, que repartida durante los cinco días laborales de la semana), supone una discriminación indirecta por razón de sexo, dado que el criterio normativo -al margen de atentar al principio de proporcionalidad contributiva- impacta negativamente en el colectivo de mujeres trabajadoras, que son las que -en un invariable porcentaje del 70-80% según las estadísticas anuales y en razón del rol de género aún perpetuado socialmente- siguen siendo mayoritariamente contratadas en tal régimen de parcialidad.

5.- Es consciente este magistrado que, en el marco de un procedimiento promovido en virtud del artículo 267 TFUE, no corresponde al Tribunal de Justicia -sino al juez nacional- pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa comunitaria (véanse, en particular, las sentencias de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, Rec. p. 1-8613, apartados 34 y 35, y de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04. Rec. p. 1-1891, apartado 36, Rodríguez Mayor C-323/08.).

6.- En principio y como ha recordado la reciente SUDE de 15.1.14 (ap. 38º), "cuando conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, un tribunal nacional está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una Directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véanse las sentencias de 4 de julio de 2006, Adelenery otros, C-212/04, Rec. p. 1-6057, apartado 111, Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 119, y Domínguez, antes citada, apartado 27). "

7.- Pero en la misma STJUE de 15.1.14, el Tribunal de Justicia "ha precisado que este principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional (véanse las sentencias de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. 1-2483, apartado 100, y Domínguez, antes citada, apartado 25). De ahí parece inferirse una posible restricción -por parte del juez nacional- en la aplicación del "principio de primacía" y, por consiguiente, una mayor necesidad



-como acontece en el presente caso- de plantear cuestión prejudicial en situaciones de posible discordancia en la transposición de normas comunitarias.

8.- Abunda en la necesidad de planteamiento de la presente cuestión el hecho que, hasta el momento; las sentencias de jueces nacionales de instancia que han intentado corregir este peor trato prestacional a los contratos a tiempo parcial "verticales", respecto a la prestación por desempleo, aplicando la normativa comunitaria en detrimento de la norma interna (el art. 3.4 del RD 625/841 han sido todas ellas revocadas por los respectivos Tribunales Superiores de Justicia o el Tribunal Supremo, lo que denota la necesidad de una clarificación interpretativa de los preceptos comunitarios afectados que -en su caso- avalé tal inaplicación.

IV.- NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA APLICABLE

1.- Directiva 97/81 de aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

-Cláusula 1: "El objetivo de este Acuerdo es: a) garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial".

-Cláusula 4 "Principio de no discriminación: 1. Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el ¿imple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas."

-Cláusula 5: "los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, deberán identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos".

2.- STJUE de 10.6.10 (Caso Bruno y Petfiní).

Parte dispositiva: "En relación con las pensiones de jubilación, la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico, excluye los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a tal pensión, a menos que tal diferencia de trato esté justificada, por razones objetivas."

3.- Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

- Artículo 4, apartado 1º: "el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones; el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones".

4.- STJUE de 22.11.12 (Elbal Moreno).

Parte dispositiva: "El artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada. "

V.- NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL APLICABLE

1.- El Sistema de la Seguridad Social en España tiene su fundamento constitucional en el art. 41 de la Constitución Española, que dispone que "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

2.- El Sistema de la Seguridad Social se regula, con carácter principal, por Ley General de Seguridad Social aprobada por Real decreto legislativo nº 1/94, 20 de junio (LGSS en adelante), y configura su protección -ya desde su art. 2- en dos modalidades, la "contributiva" y la "no contributiva".



3.- La distinta financiación de ambos niveles, el contributivo y no contributivo, se explícita en el art, 86 de la propia LGSS:

1. Los recursos para la financiación de la Seguridad Social estarán constituidos por:

a) Las aportaciones progresivas del Estado, que se consignarán con carácter permanente en sus Presupuestos Generales, y las que se acuerden para atenciones especiales o resulten precisas por exigencia de la coyuntura.

b) Las cuotas de las personas obligadas.

c) Las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga.

d) Los frutos, remas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales.

e) Cualesquiera otros ingresos, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional vigésima segunda de esta Ley.

2. La acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.3, primer inciso, de esta ley, con excepción de las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y servicios sociales cuya gestión se halle transferida a las Comunidades Autónomas, en cuyo caso, la financiación se efectuará de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento.

Las prestaciones contributivas, los gastos derivados de su gestión y los de funcionamiento de los servicios correspondientes a las funciones de afiliación, recaudación y gestión económico-financiera y patrimonial serán financiadas básicamente con los recursos a que se refieren las letras b), c), d) y e) del apartado anterior así como, en su caso, por las aportaciones del Estado que se acuerden para atenciones específicas.

4.- La protección...por desempleo en el sistema de Seguridad Social español se regula en el Título III de la Ley General de Seguridad Social, aprobada por Real decreto legislativo nº 1/94, 20 de junio (LGSS en adelante), integrado por los arts. 203 a 234 de dicha Ley. En su artículo 204 define y distingue los dos "niveles de protección", contributivo y no contributivo, que serán regulados en dos capítulos distintos, el II (nivel contributivo) y el III (nivel no contributivo o asistencial). Conviene aclarar en este punto que la prestación a la que se refiere el presente procedimiento es contributiva, esto es, financiada principalmente por las cuotas' aportadas por la demandante y por las empresas en las que ha trabajado.

Artículo 204. Niveles de protección.

1. La protección por desempleo se estructura en un nivel contributivo y en un nivel asistencial, ambos de carácter público y obligatorio.

2. El nivel contributivo tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada.

3. El nivel asistencial, complementario del anterior, garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en el artículo 215.

Artículo 207. Requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones (contributivas):

a) Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta, en los casos que reglamentariamente se determinen.

b) Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 210 de la presente Ley, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

Artículo 210. Duración de la prestación por desempleo

1. La duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, con arreglo a la siguiente escala:

Período de cotización (en días) Período de prestación (en días)

Desde 360 hasta 539.120

Desde 540 hasta 719.180

Desde 720 hasta 899.240

Desde 900 hasta 1.079.300



Desde 1.080 hasta 1.259.360

Desde 1.260 hasta 1.439.420

Desde 1.440 hasta 1.619.480

Desde 1.620 hasta 1.799.540

Desde 1.800 hasta 1.979.600

Desde 1.980 hasta 2.159.660

Desde 2.160.720

5.- La Disposición Adicional 7ª de la misma Ley General de Seguridad Social reguladora de las "normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial", dispone -en su regla 4ª del apartado 1º - que "Para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica. "

Este desarrollo reglamentario se contiene en el Real Decreto 625/1985 de protección por desempleo (en adelante, el Reglamento), cuyo artículo 3 regula la duración de la prestación, con carácter general (jornada completa) en su apartado 1º, y específicamente referidas a los contratos a tiempo parcial, en su apartado 4º, que es la norma cuya posible inadecuación al marco comunitario origina el planteamiento de la presente cuestión:

Artículo 3, Duración de la prestación:

1.- La duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los cuatro años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en qué cesó la obligación de cotizar.

(...)

4.- Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada".

Esta remisión reglamentaria, de la regla 4ª del apartado 1º de la Disposición Adicional 7ª de la misma Ley General de Seguridad Social al Real Decreto 625/1985 de protección por desempleo, a diferencia de la regla 2ª (referida a las prestaciones incapacidad y jubilación), no fue anulada por la STC 61/2013 ni modificado por el posterior Real Decreto Ley 16/13, reforma normativa originada-como se explica a continuación- por la STJUE de 22.11.12.

6.- La Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 61/2013 (BOE 10.4.13), a la luz de la STJUE de 22.11.12 (Caso Elbal Moreno) declaró inconstitucional y nula la regla 2ª del apartado 1º de la Disposición adicional 7ª de la LGSS, reguladora de las "normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial", en cuanto a las prestaciones de jubilación e incapacidad, al concluir -como meses antes ya hiciera la STJUE de 22.11.12- "que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Por ello, conforme al canon de enjuiciamiento expuesto en el fundamento jurídica 4, hemos de declarar que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo ".

Pero, al no ser objeto de la cuestión que la originó, dicha anulación no afectó a la regla 4ª del apartado 1º de la Disposición adicional 7ª de la LGSS, objeto de la presente cuestión por cuanto se remite al ya referido Real Decreto 625/1985 de protección por desempleo (en adelante, el Reglamento), cuyo art. 3.4 es el que origina el trato peyorativo cuestionado.

7.- En cuanto a la cuantía (base reguladora) de la prestación por desempleo, no objeto de impugnación por la demandante, el art. 211.1 LGSS:

Artículo 211. Cuantía de la prestación por desempleo:

1. La base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizada por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior.

Ni una ni otra norma establecen un régimen especial o distinto de cálculo de la cuantía de la prestación por desempleo en los casos de contratos a tiempo parcial, razón por la cual resulta de aplicación dicha regla



general, que es la aplicada en la base reguladora reconocida en la resolución inicial del SPEE a la demandante y aceptada por la misma.

8.- La cotización de los contratos a tiempo parcial por la contingencia -de desempleo se regula en el art. 65 del Reglamento general de cotización y liquidación, RD 2064/95. en los mismos términos que los contratos a jornada completa (art. 23), con la sola y lógica aplicación del principio de proporcionalidad ("prorrata temporis"): " se determinará conforme a lo establecido en el artículo 23 del presente Reglamento, por las retribuciones percibidas en función de las horas trabajadas.", especificando que, por consiguiente, "se computarán como horas efectivamente trabajadas las correspondientes al tiempo de descanso computables como de trabajo, eme corresponda al descanso semanal y festivos.

Art. 23.1. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, así como por los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de dicho régimen, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

9.- La jurisprudencia interna, sin excepción conocida, ha validado como correcta la menor duración de la prestación contributiva en supuestos de contratación a tiempo parcial "vertical":

- sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, nº 6831/2013, rec. 7040/201.

- sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 476/14, de 9 de junio.

- sentencia del Tribunal Supremo de 16.3.07.

- sentencia del Tribunal Supremo de 13.2.07; "ha de tenerse presente cuál es la razón que legitima la percepción de la prestación por desempleo, que no es otra que la pérdida de trabajo u ocupación laboral, por lo que obviamente sólo ha de tenerse en cuenta, para la duración de su devengo, el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral, por más que la Correspondiente cotización por la contingencia de desempleo a la Seguridad Social y el alta en esta última se mantengan durante todo el año ".

V.- CUESTIONES QUE SE PLANTEAN AL TJUE.

1.- Cuestiones que se formulan.

1.- Si en aplicación de la doctrina sentada por la STJUE de 10.6.10 (Bruno-Pettini se debiera interpretar que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/BUCE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, resulta aplicable a una prestación contributiva por desempleo como la establecida en el art. 210 de la Ley General de Seguridad Social española, financiada exclusivamente, por las cotizaciones aportadas por el trabajador y las empresas que lo han empleado en función de los periodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo.

2.- Si, en el caso que la anterior sea resuelta afirmativamente, y en aplicación de la doctrina sentada por la STJUE de 10.6.10 (Bruno-Pettini), se debiera interpretar la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial anexo a la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, el sentido, de que se opone a una norma nacional que, como ocurre con el artículo 3 apartado 4 del Real Decreto 625/85, de 2 de abril (Reglamento de prestaciones por desempleo), al que se remite la regla 4ª del apartado 1º de la Disposición adicional 7ª de la Ley General de Seguridad Social, que -en los casos de trabajo a tiempo parcial "vertical" (trabajo sólo tres días a la semana)- excluyen, a efectos del cálculo de la duración de la prestación por desempleo, los días no trabajados a pesar de haberse cotizado por los mismos con la consiguiente minoración en la duración de la prestación reconocida.

3.- Si la prohibición de discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, que contempla el art. 4º de la Directiva 79/7 debe ser interpretada en el sentido que impediría o se opondría a una norma nacional que, como ocurre con el artículo 3 apartado 4 del Real Decreto 625/85, de 2 de abril (Reglamento de prestaciones por desempleo), en los casos de trabajo a tiempo parcial "vertical" (trabajo sólo tres días a la semana), se excluyen del cómputo como días cotizados los días no trabajados, con la consiguiente minoración en la duración de la prestación por desempleo.

2.- Punto de vista del magistrado promotor respecto de las tres cuestiones.

Objeto de las cuestiones: El distinto trato cuestionado.

1.- La comprensión de las cuestiones que se plantean exige la previa explicación del trato desfavorable que origina su planteamiento: como consecuencia de la normativa interna, anteriormente reproducido en los preceptos aplicables, en los supuestos de contratos a tiempo parcial "verticales", en los que el tiempo efectivo



de trabajo se concentra en menos días a la semana que los ordinarios (en el presente caso, 3 días respecto de los 5 habituales), a pesar de que el trabajador (y su empresa) cotiza a la contingencia por desempleo por meses íntegros (y por consiguiente, por 30 o 31 días al mes), y lo hace en razón de su menor salario (derivado de la parcialidad de la jornada), a efectos del reconocimiento de la duración de su prestación por desempleo no se computan todos los días cotizados, sino exclusivamente 3/5 partes (aproximadamente).

De ahí que a la demandante, que acredita los 6 últimos años íntegramente cotizados y, por consiguiente, le correspondería-en buena lógica- la duración máxima de 720 días, le haya sido reconocido exclusivamente una prestación de 420 (3/5 partes de dicha duración máxima).

2.- Se constata, como ya se apreciara en las STJUE de 10.6.10, una doble aplicación del principio "prorrata temporis" que penaliza esta situación de contrato a tiempo parcial "vertical". La menor jornada ya tiene su reflejo proporcional en el menor salario y, por consiguiente,-en la menor cotización que -a la postre- determinará una prestación por desempleo en una cuantía proporcionalmente menor. Pero si, además, se vuelve a aplicar -nuevamente- el principio "prorrata temporis" para reducir la duración de la prestación, al computar exclusivamente los días trabajados, se estará aplicando por partida doble aquel principio, con un resultado final claramente injusto por desproporcionado.

La evidencia de ello es la afirmación de la demanda, no discutida por el SPEE en el acto del juicio ni en las posteriores alegaciones, conforme si la demandante hubiera realizado idéntica jornada (8.5 horas a la semana: 3 días x 2,5 horas, más un día al mes de 4 horas) distribuida durante los 5 días ordinarios de trabajo a la semana, la prestación le hubiera sido reconocida por el período máximo de 720 días aun cuando el esfuerzo contributivo (las cotizaciones efectuadas por la trabajadora y sus sucesivas empresas) hubiera sido exactamente al mismo: cotización mensual (30/31 días) según el mismo salario percibido.

3.- Como ya se ha explicado, este distintivo y desfavorable trato normativo no quedó corregido por la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 61/2013 (BOE 10.4.13) que a la luz de la STJUE de 22.11.12 (Caso Elbal Moreno), declaró inconstitucional y nula la regla 2ª del apartado 1º de la Disposición adicional 7ª de la LGSS, reguladora de las "normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial", en cuanto a las prestaciones de jubilación e incapacidad, al concluir -como meses antes ya hiciera la STJUE de 22.11.12- "que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Por ello, conforme al canon de enjuiciamiento expuesto en el fundamento jurídico 4, hemos de declarar que la norma cuestionada vulnera el art 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo".

Pero, al no ser objeto de la cuestión que la originó la prestación por desempleo (sino exclusivamente la de jubilación), dicha anulación no afectó a la regla 4ª del apartado 1º de la Disposición adicional 7ª de la LGSS, objeto de la presente cuestión, que se remite al ya referido Real Decreto 625/1985 de protección por desempleo (en adelante, el Reglamento), cuyo art. 3.4 es el que origina el trato peyorativo cuestionado.

4.- La jurisprudencia interna, sin excepción conocida, ha validado como correcta esta menor duración de la prestación contributiva en supuestos de contratación a tiempo parcial "vertical"; sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, nº 6831/2013, rec. 7040/201, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 476/14, de 9 de junio, y del Tribunal Supremo de 16.3.07, al considerar -citando esta última- que "ha de tenerse presente cual es la razón que legitima la percepción de la prestación por desempleo, que no es otra que la pérdida de trabajo u ocupación laboral, por lo que obviamente sólo ha de tenerse en cuenta, para la duración de su devengo, el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral, por más que la correspondiente cotización por la contingencia de desempleo a la Seguridad Social y el alta en esta última se mantengan durante todo el año".

1.- La primera cuestión: la aplicación de la Directiva 97/81/CE.

1.- Explicado el trato peyorativo que origina el planteamiento de las tres cuestiones, el fundamento de las dos primeras cuestiones se centra en la STJUE de 10.6.10 (Bruno y Pettiní). que afectaba a parte del personal de cabina de la compañía aérea Alitalia, que trabajaban a "a tiempo parcial vertical cíclico". Se llega a la conclusión, ciertamente relevante, conforme el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial sí es de plena aplicación a toda "pensión que depende de una relación de empleo", y lo hace -y ello es lo más trascendente- respecto a una prestación de jubilación del sistema público de la seguridad social italiana, lo que plantea la tesis, por lógica analogía, que también sea aplicable a una prestación contributiva de la seguridad social española como es la de desempleo, que depende exclusivamente de la previa relación de empleo y se financia con las aportaciones (cotizaciones del trabajador y de su empresas).



2.- Para llegar a tal conclusión, la STJUE 10.6.10, en sus apartados 41 y 42, asimila "pensión que depende de una relación de empleo" al concepto "condición de empleo" en los siguientes términos:

41.- Respecto a las pensiones, procede precisar que, conforme a jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia dictada en el contexto del artículo 119 del Tratado CE y, posteriormente, a partir del 1 de mayo de 1999, en el contexto del artículo 141 CE, artículos relativos al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de retribuciones, están incluidas en el concepto de "retribución", en el sentido del artículo 141 CE, apartado 2, las pensiones que dependen de la relación de empleo que vincula al trabajador con el empleador, con exclusión de las que se derivan de un régimen legal a cuya financiación contribuyan los trabajadores, los empleadores y, en su caso, los poderes públicos en una medida que depende menos de tal relación de trabajo que de consideraciones de política social (véanse, en particular, las sentencias de 25 de mayo de 1971, Defrenne, 80/70, Reo p. 445, apartados 7 y 8; de 13 de mayo de 1986, Bilka, 170/84, Rec. p. 1607, apartados 16 a 22; de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88, Rec. p. 1-1889, apartados 22 a 28, y de 23 de octubre de 2003, Schonheit Becker, C-4/02 y C-5/02, Rec. p. I-12575, apartados 56 a 64).

42.- Habida cuenta de esta jurisprudencia, procede declarar que están comprendidas en el concepto de "condiciones de empleo", en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, las pensiones que dependen de una relación de trabajo mire el trabajador y el empleador, con exclusión de las pensiones legales de seguridad social, que dependen menos de tal relación que de consideraciones de orden social (véase, por analogía, la sentencia Impact, antes citada, apartado 132)

3.- Ciertamente, en la STJUE 22,11,12 (Elbal Moreno), en respuesta a cuestión planteada por este mismo juzgador, se llegó a conclusión contraria respecto a la pensión de jubilación española y se la excluyó del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco, pero ello fue, precisamente, por cuanto el TJUE llegó a la convicción que "como señala el Gobierno español, es la más general de las pensiones reguladas por el Derecho español, resulta ser una pensión que depende menos de una relación de trabajo entre trabajadores y empleadores que de consideraciones de orden social, en el sentido de la jurisprudencia citada en los anteriores apartados 20 y 21 de la presente sentencia, y a la que, por tanto, no se le aplican el artículo 157 TFUE y 4 del Acuerdo marco."

4.- Pero respecto a la prestación por desempleo objeto del presente litigio la conclusión debe ser la contraria por cuanto sí depende fundamentalmente "de una relación de trabajo entre trabajadores y empleadores" y, solamente en menor medida, "de consideraciones de orden social", que son atendidas mediante el nivel asistencial (prestación "no contributiva" o "subsidio" por desempleo). Este carácter básicamente "profesional" y no "asistencial" se explicita en la normativa interna anteriormente expuesta, que integra la "prestación" por desempleo en el nivel "contributivo" (art. 204 LGSS), exigiendo haber trabajado y cotizado previamente durante determinado período de tiempo (art. 207 LGSS), cotizaciones de trabajadores y empresarios que, precisamente, son su principal y única fuente de financiación (a diferencia del nivel asistencial, financiado por el Estado). En razón de ello, la duración de la prestación depende directamente del período trabajado y cotizado, en una proporción de 3ª 1 a mayor tiempo trabajado y cotizado, mayor duración de la prestación (art. 210 LGSS).

5.- En definitiva, la prestación "contributiva" por desempleo (a diferencia de la asistencial), depende de una previa "relación de trabajo" (criterio general), afecta a una categoría particular de trabajadores (aquellos que han quedado en situación legal de desempleo), está establecida directamente en función de los años de servicio cumplidos y su cuantía se calcula basándose en el último sueldo, criterios todos ellos que debieran determinar su consideración como "profesional" y, por consiguiente, dentro del campo de aplicación de la Directiva 97/81 como "condición de empleo", sin que el hecho de que esté regulada por Ley y sea administrada por un organismo público (el Servicio Público de Empleo, en el presente caso), sean obstáculo para tal consideración (STJUE de 1.4.08, caso Maruko).

2.- Segunda cuestión: trato desfavorable respecto a los trabajadores a tiempo completo.

1.- De resolverse afirmativamente la primera cuestión planteada en el sentido propuesto, y considerarse o asimilarse -por las razones ya expuestas- la prestación contributiva por desempleo a "condición de empleo", parece claro y obligado que debiera prosperar asimismo la segunda cuestión, en idénticos términos a los resueltos por la STJUE 10.6.10 (Bruno Petinni) respecto a la pensión de jubilación del personal de cabina de la compañía aérea Alitalia, que trabajaban a "a tiempo parcial vertical cíclico", al concluir -en su pronunciamiento final- que "la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico, excluye los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a tal pensión, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas."



2.- En efecto, por el mismo razonamiento que el contenido en dicha sentencia, cabría interpretar que la misma cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial se opone a una norma nacional -como el Real Decreto 625/85, de 2 de abril (Reglamento de prestaciones por desempleo), al que se remite la regla 4ª del apartado 1º de la Disposición adicional 7ª de la Ley General de Seguridad Social- que, en los casos de, trabajo a tiempo parcial "vertical" (trabajo sólo tres días a la semana), excluyen, a efectos del cálculo de la duración de la prestación por desempleo, los días no trabajados a pesar de haberse cotizado por los mismos), con la consiguiente minoración en la duración de la prestación reconocida.

3.- Tercera cuestión: posible situación de discriminación indirecta por razón de sexo.

1.- Aún cuando las dos primeras cuestiones fueran resueltas negativamente, por entenderse que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81) no es aplicable a una prestación de desempleo como la española (a pesar de su carácter contributivo, ya explicado), considera este magistrado que la tercera cuestión -referida al art. 4º de la Directiva 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de, igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social- sí debiera ser acogida.

El art. 4º de dicha directiva, en su apartado 1º, dispone que "el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial, con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a; el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; la obligación de contribuir y el cálculo de las Contribuciones; el calcula de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones".

2.- Se ha explicado ya, anteriormente, que el peor trato se da por causa de la doble aplicación del principio "prorrata temporis" que penaliza estas situación de contrato a tiempo parcial "vertical" (y no en el "horizontal"): La menor jornada ya tiene su reflejo proporcional en el menor salario y, por consiguiente, en la menor cotización que -a la postre- determinará una prestación por desempleo en una cuantía proporcionalmente menor. Pero sí, además, se vuelve a aplicar -nuevamente- el principio "prorrata temporis" para reducir la duración de la prestación, al computar exclusivamente los días trabajados, se estará aplicando por partida doble aquel principio, con un resultado final claramente injusto por desproporcional.

Considera este magistrado -asumiendo plenamente la tesis de la demanda- que el peor trato prestacional (en forma de menor duración de la prestación) deparado por la norma interna, el art. 3.4 del RD 625/84, a los contratos a tiempo parcial "verticales" (en los que el trabajo se concentra en solo parte de los días de la semana) respecto a los contrató a tiempo parcial "horizontales" (con igual parcialidad en la jornada semanal, sólo que repartida durante los cinco días laborales de la semana), supone una discriminación indirecta por razón de sexo, dado que el criterio normativo -al margen de atentar al principio de proporcionalidad contributiva- impacta negativamente en el colectivo de mujeres trabajadoras, que son las que -en un invariable porcentaje del 70-80 % según las estadísticas anuales y en razón del rol de género aún perpetuado socialmente- siguen siendo mayoritariamente contratadas en tal régimen de parcialidad.

Para no llevar a confusión al Tribunal, conviene aclarar que en absoluto se sostiene que el contrato a tiempo parcial "vertical" esté más "feminizado" que el "horizontal". No es esta la cuestión, por cuanto el dato estadístico es neutro al respecto. Lo relevante es que el contrato a tiempo parcial -en general- es una modalidad de contratación "feminizado" y, por consiguiente, el hecho que una de sus variantes -la contratación a tiempo parcial vertical- sufra el expuesto trato desfavorable (al reducirse la duración natural de la prestación en razón al computarse sólo los días trabajados) pudiera entrar en contradicción con el art. 4 de la Directiva 79/7.

Así como la STJUE de 22.11.12 (Elbal Moreno) entendió -en su conclusión final- que "El artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada", bien pudiera llegarse a la misma conclusión respecto a la prestación contributiva por desempleo en, los supuestos de contratación a tiempo parcial "vertical".

En base a los antecedentes, hechos y consideraciones expuestos,

ACUERDO

Primero.- Plantear en trámite de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes preguntas:



1.- Si, en aplicación de la doctrina sentada por la STJUE de 10.6.10 (Bruno-Pettini), se debiera interpretar que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, resulta aplicable a una prestación contributiva por desempleo como la establecida en el art. 210 de la Ley General de Seguridad Social española, financiada por las cotizaciones aportadas por el trabajador y las empresas que lo han empleado en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo.

2.- Si en el caso que la anterior sea resuelta afirmativamente, y en aplicación de la doctrina sentada por la STJUE de 10.6.10 (Bruno-Pettini), se debiera interpretar la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial - el sentido de que se opone a una norma nacional que, como ocurre con el artículo 3 apartado 4 del Real Decreto 625/85, de 2 de abril (Reglamento de prestaciones por desempleo), al que se remite la regla 4ª del apartado 1º de la Disposición adicional 7ª de la Ley General de Seguridad Social, que -en los casos de trabajo a tiempo parcial "vertical" (trabajo sólo tres días a la semana)- excluyen, a efectos del cálculo de la duración de la prestación por desempleo, los días no trabajados a pesar de haberse cotizado por los mismos), con la consiguiente minoración en la duración de la prestación reconocida.

3.- Si la prohibición de discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, que contempla el art. 4º de la Directiva 79/7 debe ser interpretada en el sentido que impediría o se opondría a una norma nacional que, como ocurre con el artículo 3 apartado 4 del Real Decreto 625/85, de 2 de abril (Reglamento de prestaciones por desempleo), en los casos de trabajo a tiempo parcial "vertical" (trabajo sólo tres días a la semana), se excluyen del cómputo como días cotizados los días no trabajados, con la consiguiente minoración en la duración de la prestación por desempleo.

Segundo: Suspender las presentes actuaciones mientras se resuelven tales cuestiones.

Se acuerda remitir testimonio de esta resolución, con testimonio de todas las actuaciones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a quien se solicita que remita acuse de recibo de todo ello.