



Roj: **SJSO 135/2017** - ECLI: **ES:JSO:2017:135**

Id Cendoj: **08019440332017100002**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **33**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **20/2014**

Nº de Resolución: **398/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOAN AGUSTI MARAGALL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona**

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici S, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 938874580

FAX: 938844937

E-MAIL: social33.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801944420148002640

### **Seguridad Social en materia prestacional 20/2014-D**

Materia: Desempleo

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: Tamara Abogado/a: Abilio Calvo Calmache

Graduado/a social:

Parte demandada/ejecutada: SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) Abogado/a:

Graduado/a social:

### **SENTENCIA Nº 398/2017**

**Magistrado: Joan Agusti Maragall** Lugar: Barcelona

**Fecha:** 23 de noviembre de 2017

**Joan Agusti Maragall**, Magistrado Juez, titular del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, en las presentes actuaciones seguidas a instancia de Tamara contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en materia de prestación por desempleo, dicto la presente sentencia.

### **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. El letrado Sr. Abilio Calvo Calmache asistió a la demandante y el letrado Alberto Royo Pérez al SPEE.
- 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. 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.
- 4.- Mediante auto de fecha 6.2.15 se elevó cuestión prejudicial ante el TJUE, que ha dictado sentencia en fecha 9.11.17 (asunto C-98/15), que ha tenido entrada en este juzgado en fecha 17.11.17.
- 5.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales de carácter esencial aplicables al caso. La sentencia se redacta en castellano a petición de la demandante.

## II.- HECHOS PROBADOS

- 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 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*".
- 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).

## III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### I.- Elementos de convicción en la determinación de los hechos probados.

Los hechos probados se han establecido de conformidad en base a la sustancial conformidad de ambas partes respecto a los hechos aducidos en la demanda, así como de la prueba documental aportada por la demandante y el expediente administrativo aportado por la entidad demandada.

### II.- Desestimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.



Al contestar a la demanda, la entidad demandada ha opuesto la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, invocando -sin mayor explicación o fundamentación- que debería haber sido demandado o emplazado el Ministerio Fiscal, excepción que no puede ni tan siquiera ser considerada, por no haberse expuesto la fundamentación de la misma, y que -en todo caso- debería ser rechazada ya que la demanda no se ha interpuesto por la vía procesal de tutela de derechos fundamentales.

Cabe añadir que, además y en todo caso, el Ministerio Fiscal ha sido emplazado en el incidente de elevación de cuestión prejudicial y ha formulado extensas alegaciones al respecto.

### III.- Objeto de debate.

La pretensión de la demandante se centra en la duración de la prestación por desempleo reconocida, al considerar que, habiendo trabajado 6 años consecutivos y cotizado por 30 o 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 completo- 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 (Elbal Moreno) y a la STC 14.3.13 respecto a las reglas de carencia en las prestaciones de jubilación e invalidez establecidas en la DA 7ª LGSS, dado que mayoritariamente son trabajadoras del sexo femenino las contratadas a tiempo parcial.

Se razonaba también en la demanda la falta de lógica que supone el hecho de 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 el 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.

El SPEE se opuso a tal pretensión, reconociendo exclusivamente una prestación de 420 días de duración, 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*".

Establecida en tales términos la discrepancia, este magistrado confirió trámite de alegaciones en orden a la posible elevación de cuestión prejudicial interpretativa respecto a si el desigual trato prestacional, no controvertido, pudiera no adecuarse a las mandatos antidiscriminatorios contenidos en el artículo 4º de la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y 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.

La demandante manifestó su conformidad a la elevación de la cuestión prejudicial, mientras que la demandada y el Ministerio Fiscal se opusieron a la misma.

### IV.- Elevación de cuestiones prejudiciales por auto de fecha 6.2.15.

Mediante auto de fecha 6.2.15 se elevaron al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

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 exclusivamente por las cotizaciones aportadas por el trabajador y las empresas que lo han empleado en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo.*

2.- *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 cuyo 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.

En dicho auto y en orden a justificar la necesidad la misma, se exponía, constatado y no controvertido el desigual trato prestacional impugnado, la jurisprudencia interna, sin excepción conocida, había validado como correcta dicha menor duración de la prestación contributiva en supuestos de contratación a tiempo parcial "vertical", tanto la jurisprudencia de suplicación ( sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña,, nº 6831/2013, rec. 7040/201 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 476/14, de 9 de junio , entre otras), como la del Tribunal Supremo, que en sentencia de 16.3.07 razonaba 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".

#### **V.- La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9.11.16.**

La parte dispositiva de la sentencia del TJUE de fecha 9.11.16, asunto C-98/15 , en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, contiene los siguientes pronunciamientos:

1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, no es aplicable a una prestación contributiva por desempleo como la controvertida en el litigio principal.

2) El artículo 4, apartado 1, 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 a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa.

#### **VI.- Inexistencia de justificación "contributiva" del distinto trato prestacional objetivado.**

La sentencia del TJUE declara con toda claridad, en el apartado segundo de la parte dispositiva reproducida, que la norma -el artículo 3 apartado 4 del Real Decreto 625/85, de 2 de abril - que fundamenta el distinto trato prestacional impugnado, la menor duración de la prestación por desempleo reconocida, es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 relativa al principio de igualdad de trato por razón de sexo en materia de seguridad social.

En orden a dictar sentencia en el presente litigio principal, en aplicación de la respuesta efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resulta indispensable recordar los razonamientos previos a efectuar aquella declaración y que fundamentan la misma:

44 "Pues bien, una medida de esta naturaleza es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 , a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social, son adecuados para alcanzar este objetivo y son necesarios a tal fin (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C- 385/11 , EU:C:2012:746 , apartado 32).

45 En este asunto es preciso señalar que, si bien la petición de decisión prejudicial no contiene ninguna referencia al objetivo perseguido por la medida nacional en cuestión en el litigio principal, el Reino de España alegó en la vista que el principio de «cotización al sistema de seguridad social» justifica la existencia de la diferencia de trato observada. Así, afirma que, dado que el derecho a la prestación por desempleo y la duración de ésta están en función únicamente del período durante el cual un trabajador ha trabajado o ha estado inscrito en el sistema de seguridad social, para respetar el principio de proporcionalidad es necesario tener en cuenta sólo los días realmente trabajados.





46 A este respecto, aunque incumbe en última instancia al órgano jurisdiccional nacional apreciar si este objetivo es efectivamente el que persigue el legislador nacional, basta señalar que la medida nacional controvertida en el litigio principal no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo.

47 En efecto, como señaló la Abogado General en el punto 59 de sus conclusiones, un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior que la de un trabajador a jornada completa que haya abonado las mismas cotizaciones. Por tanto, con respecto al primero de estos dos trabajadores, es manifiesto que no se garantiza la correlación alegada por el Gobierno español.

48 Pues bien, como indicó la Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, esta correlación podría garantizarse si, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial vertical, las autoridades nacionales tuvieran en cuenta otros factores, como por ejemplo el período de tiempo durante el cual estos trabajadores y sus empresarios han cotizado, el importe total de las cotizaciones abonadas o el total de horas de trabajo. Según las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, estos factores se tienen en cuenta en lo que se refiere a todos los trabajadores cuya jornada de trabajo se estructura de manera horizontal, independientemente de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial.

Como se razona en el reproducido apartado 46, incumbe a este magistrado valorar si la legitimidad del objetivo invocado por el Reino de España para justificar el distinto trato "apreciar si este objetivo es efectivamente el que persigue el legislador nacional," en referencia al "principio de proporcionalidad", si bien el TJUE orienta claramente la respuesta.

En tal sentido, es cierto que el Reino de España, en el apartado 44 de sus observaciones, alegó que para calcular la duración de la prestación de la demandante se partió de los días efectivamente trabajados, que se multiplicaron -como factor corrector- por 1,4 (resultado de dividir los 7 días de la semana por los cinco laborables como regla general), pero ni ha quedado acreditada que esta circunstancia -ni tan siquiera invocada en las resoluciones administrativas- se aplicara a la demandante, ni, aún en el caso de haberse acreditado, hubiera eliminado -sino parcialmente corregido p- la doble penalización.

Y es que el elemento determinante para causar el desigual trato es, precisamente, que habiendo causado cotizaciones la demandante por todos los días del mes en razón del salario mensual percibido, como si estuviera contratada a jornada completa o a tiempo parcial "horizontal", la prestación se calcula solamente por los "días trabajados", cuando, para respetar el principio de proporcionalidad y contributividad, deberían haberse computado todos los días cotizados, atendiendo a que la proporcionalidad de su jornada parcial ya tiene su reflejo prestacional en el menor importe de la base reguladora de la prestación.

Es forzoso reiterar, una vez más, la premisa que nunca ha sido discutida ni en el litigio principal ni en la tramitación de la cuestión prejudicial: si la jornada de la demandante, 8,5 horas a la semana, hubiera estado distribuida "horizontalmente" durante 5 días a la semana, con idéntico esfuerzo contributivo (que se determina en ambos casos por el mismo salario percibido, y no por los "días trabajados"), la demandante hubiera percibido una prestación de 720 días de duración, en lugar de los 420 días reconocidos.

La desigualdad es tan clara y evidente que el propio TJUE, aún reconociendo que le corresponde a este magistrado valorar la justificación de la misma invocada por el Gobierno español, ya concluye "que la medida nacional controvertida en el litigio principal no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo.", remitiéndose a las acertadas consideraciones de la Abogada General en los apartados 58 y 59 de sus "observaciones".

Se reproducen a continuación dichos apartados, con los precedentes y posteriores, por cuanto resulta especialmente clarificadores para identificar el "comparador hipotético" o situación respecto de la cual se identifica la discriminación indirecta, que no es -en contra de lo pudiera inferirse precipitadamente- el trabajador/a que accede a la prestación contributiva por desempleo desde el contrato a tiempo parcial "horizontal", sino el/la trabajador que accede a dicha prestación desde un contrato a jornada completa:

"57. El órgano jurisdiccional remitente indica que la prestación contributiva por desempleo tiene por objeto proporcionar al trabajador prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir ( artículo 204 de la LGSS ).

58. En mi opinión, es posible alcanzar ese objetivo teniendo en cuenta: (i) el período de cotización del trabajador y del empresario, (ii) el importe de dichas cotizaciones y



(iii) las horas de trabajo del trabajador en cuestión (trabajo a tiempo parcial o a jornada completa). De la explicación del órgano jurisdiccional remitente se desprende que el sistema español parece, en efecto, tener en cuenta estos factores en lo que se refiere a los trabajadores a jornada completa y a los trabajadores a tiempo parcial «horizontal». Todos estos trabajadores (que cotizan durante el mismo período de tiempo) recibirán una prestación por desempleo de la misma duración. Sin embargo, una persona que trabaja la mitad de la jornada recibirá una prestación reducida proporcionalmente, que reflejará una menor cotización efectuada con arreglo a un salario inferior. Esto está en consonancia con el principio *pro rata temporis*.

59. Sin embargo, un trabajador a tiempo parcial «vertical» recibirá una prestación de una duración inferior que un trabajador a jornada completa, aunque cotiche por cada día de todos los meses del año. El sistema trata de manera distinta a los dos colectivos de trabajadores. En el caso de los trabajadores a tiempo parcial «vertical», da más importancia a los días efectivamente trabajados que al período de tiempo que el trabajador emplea en hacer su trabajo durante el transcurso de una semana laboral.

60. Esta circunstancia crea una anomalía ilógica y de carácter punitivo que coloca a los trabajadores a tiempo parcial «vertical» en una situación de desventaja. Los trabajadores a tiempo parcial que efectúan trabajos poco remunerados, como los trabajos de limpieza, tendrán pocas opciones en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo. Podrían verse obligados a aceptar condiciones de trabajo «vertical» que se ajusten a las necesidades de las empresas únicamente para conseguir un puesto de trabajo.

61. Por tanto, concluyo que el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso de trabajo a tiempo parcial «vertical» (trabajo realizado únicamente durante determinados días de la semana), excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados, con la consiguiente reducción del período de prestación por desempleo, cuando la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial «vertical» son mujeres que resultan perjudicadas por tales medidas nacionales."

La distinta duración de la prestación por desempleo entre contratos a tiempo parcial "verticales" y "horizontales", pues, sólo nos debe servir para evidenciar la "anomalía ilógica y de carácter punitivo que coloca a los trabajadores a tiempo parcial «vertical» en una situación de desventaja", pero no debe confundirnos respecto al colectivo objeto de comparación, que son los trabajadores/as a jornada completa (colectivo "no feminizado", a diferencia de los trabajadores/as a tiempo parcial), y respecto del cual se aprecia la discriminación indirecta, de la que habrían quedado a salvo -por el contrario- el colectivo de trabajadores/as a tiempo parcial "horizontales" (sí feminizado), al que solamente se le aplica una sola vez el principio "prorrata temporis" (en el cálculo de la base reguladora), a diferencia de los/las "verticales", que también se le aplica en la duración de la prestación.

Por consiguiente, sólo cabe concluir, como ya hicieran previamente la Comisión Europea y la Abogada General, en sus respectivas "observaciones", y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que el "principio de «cotización al sistema de seguridad social» invocado por el Gobierno de España en absoluto justifica el distinto trato prestacional evidenciado, sino que -por el contrario- pone de manifiesto la absoluta ausencia de lógica del mismo, desde la perspectiva de los principios de contributividad, igualdad y proporcionalidad que informan nuestro Sistema de Seguridad Social.

## VII.- El impacto de género del distinto trato prestacional.

En cuanto al carácter discriminatorio de este distinto trato prestacional, por su impacto adverso mayoritariamente en las trabajadoras (según datos estadísticos no controvertidos), baste reproducir los apartados más significativos de la STJUE para alcanzar tal conclusión:

"41 Pues bien, en el presente asunto, además de que no se discuten los datos estadísticos que aporta el órgano jurisdiccional remitente, de los autos a disposición del Tribunal de Justicia se desprende claramente que todos los trabajadores a tiempo parcial vertical comprendidos en el ámbito de aplicación de la medida nacional controvertida en el litigio principal resultan perjudicados por esta medida nacional, ya que, con arreglo a ella, se reduce el período durante el cual pueden recibir una prestación por desempleo en comparación con el período reconocido a los trabajadores a tiempo parcial horizontal. Además, se ha acreditado que ningún trabajador que forme parte de este grupo puede verse favorecido por la aplicación de tal medida.

42 A mayor abundamiento, en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente ha tomado la precaución de precisar que los datos estadísticos relativos al trabajo a tiempo parcial se refieren por igual a todos los trabajadores a tiempo parcial, independientemente de que su jornada de trabajo esté organizada de manera horizontal o vertical. Así, según el órgano jurisdiccional remitente, mientras que un 70 % a 80 % de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres, existe la misma proporción en lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial horizontal. Esta información permite deducir que la medida nacional controvertida en el litigio principal perjudica a un número mucho mayor de mujeres que de hombres."



43 En estas circunstancias, resulta obligado señalar que una medida como la controvertida en el litigio principal constituye una diferencia de trato en perjuicio de las mujeres en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 38 de la presente sentencia."

Y el apartado 38 de la propia sentencia, al que se remite el anterior apartado 43, recuerda que " según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C- 123/10 , EU:C:2011:675 , apartado 56 y jurisprudencia citada, y de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C- 385/11 , EU:C:2012:746 , apartado 29)."

#### VIII.- Estimación íntegra de la demanda.

La reparación de la situación de discriminación indirecta apreciada por el TJUE solo puede pasar, en base al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y como ya hiciera este magistrado en el asunto "Elbal Moreno", por inaplicar la norma generadora de la misma, el art. 3.4 del RD 625/85, Reglamento de prestaciones por desempleo.

Como se recuerda en la STJUE Dansk Industria de 19.4.16 (asunto 441-14), aunque en relación a la discriminación por razón de edad, " El Derecho de la Unión debe ser interpretado en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad. Ni los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al Derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del Derecho de la Unión pueden hacer que se cuestione dicha obligación."

En efecto, el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea obliga al juez interno a sustituir la norma interna contraria a la norma de la UE por la norma incumplida. En el presente caso, procede restituir a la demandante en su derecho a la igualdad, que pasa por suprimir o inaplicar la norma discriminatoria -el art. 3.4 del RD 625/85 .- y anular sus efectos, el cómputo exclusivo de los días trabajados, computando la integridad de todos los días cotizados (y no sólo los trabajados), como acontece respecto de los contratos a jornada completa y los contratos a tiempo parcial "horizontales", por lo que procede reconocer a la demandante la prestación por desempleo su máxima duración de 720 días, al estar acreditado la plena cotización durante los últimos 6 años previos a la extinción contractual.

En base a los antecedentes, hechos y consideraciones expuestos,

#### FALLO

Que, estimando íntegramente la demanda interpuesta por Tamara contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, con revocación de los resoluciones administrativas impugnados, declaro el derecho de la demandante a percibir la prestación contributiva por desempleo, a razón de la base reguladora reconocida de 10,91€/día, por una duración de 720 días, con efectos iniciales de 10.9.13, condenando a la entidad demandada al abono de dicha prestación.

**Modo de impugnación:** recurso de **SUPPLICACION** , ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que debe ser anunciado en esta Oficina judicial en el plazo de **CINCO** días hábiles, contados desde el siguiente a su notificación ( artículo 194 LRJS ).

En el momento del anuncio, es necesario acreditar el haber efectuado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, la constitución de un depósito por importe de 300 euros; y, si la sentencia impugnada ha condenado al pago de una cantidad, también se debe acreditar haber consignado dicha cantidad en la referida Cuenta, en el momento del anuncio. Esta consignación en metálico puede sustituirse por el aseguramiento mediante aval bancario solidario y pagadero a primer requerimiento emitido por una entidad de crédito. Y todo ello, sin perjuicio de las tasas legalmente aplicables ( artículos 229 y 230 LRJS ).

Están exentos de consignar el depósito y la cantidad referida aquél que ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, así como las personas físicas y jurídicas y demás organismos indicados en el art. 229.4 LRJS .

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. El Magistrado