

Una visión panorámica de la prestación por desempleo tras los últimos pronunciamientos judiciales

An overview of unemployment benefits after the latest judicial pronouncements

RUBÉN LÓPEZ FERNÁNDEZ *Técnico superior en prevención de riesgos laborales
profesor asociado a la universidad de murcia*
 <https://orcid.org/0000-0002-0152-5840>

Cita Sugerida: LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: «Una visión panorámica de la prestación por desempleo tras los últimos pronunciamientos judiciales». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 35 (2023): 95-112

Resumen

La prestación por desempleo ha sido ligeramente modificada por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. Dicha modificación ha consistido en incrementar el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora, del 50 al 60%, a partir del día 181º del derecho al percibo. Tomando esto como excusa, el presente artículo se propone exponer además algunos de los pronunciamientos judiciales más recientes que, a juicio de quien escribe, han destacado bien por su repercusión bien por lo rebuscado de los supuestos sobre los que han tenido que resolver. Así, se aborda la inclusión del personal doméstico en el ámbito subjetivo de la protección por desempleo vía RD-Ley 16/2022. Se analizan dos pronunciamientos que han venido a decidir sobre cómo debe articularse la prestación con distintos tipos de excedencia, a saber, la forzosa por cuidado de hijo y la voluntaria cuando la empresa incumple sus obligaciones relativas al reingreso del trabajador. También es objeto de análisis el tratamiento dispensado a los contratos fijo-discontinuo y a tiempo parcial con “jornada concentrada”, en lo que a los periodos de inactividad se refiere. Y, por último, se comenta la reciente sentencia del TS que ha tenido que resolver sobre la extensión o no de la ficción cotizatoria por parto al subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

Abstract

Unemployment benefit has been slightly modified by Law 31/2022 of 23 December on the General State Budget for 2023. This modification consisted of increasing the percentage to be applied to the regulatory base from 50% to 60% as of the 181st day of entitlement. Taking this as an excuse, this article also sets out to present some of the most recent judicial pronouncements which, in the opinion of the author, have stood out either for their impact or for the complexity of the cases on which they have had to rule. Thus, the inclusion of domestic staff in the subjective scope of unemployment protection via RD-Law 16/2022 is addressed. Two pronouncements are analysed that have ruled on how the benefit should be articulated with different types of leave of absence; namely compulsory leave to care for a child, and voluntary leave when the company fails to fulfil its obligations regarding the worker's reinstatement. The treatment of permanent-discontinuous and part-time contracts with “concentrated working hours”, as far as periods of inactivity are concerned, is also under scrutiny. Lastly, there is a commentary on the recent SC ruling on whether or not to extend the concept of contribution for childbirth to unemployment benefit for the over 52s.

Palabras clave

prestación; desempleo; Seguridad Social; perspectiva de género

Keywords

benefit; unemployment; Social Security; gender perspective

Como se sabe, España es uno de los países desarrollados con una tasa de desempleo más acusada y persistente. Se trata del mercado laboral de Occidente más sensible a las oscilaciones cíclicas de la economía, lo cual le ha llevado a ser objeto de numerosos estudios a nivel global. Camuflado entre las

labores de construcción de un Estado moderno durante nuestra Transición democrática, el desempleo no recibió una atención central por parte del legislador hasta mediada la década de los ochenta¹.

La reforma laboral de 1984² y su fomento de la contratación temporal provocaron una bipolarización del mercado, en la que la tercera parte de los trabajadores por cuenta ajena lo eran bajo modalidades contractuales de duración determinada, salarios inferiores a los de los indefinidos, un mayor índice de siniestralidad y una menor formación en el puesto³. Por ende, estas personas encontraban más dificultades para acceder a una vivienda y tener hijos, incidiendo de manera oblicua en los problemas demográficos que afronta el sistema hoy.

Lo anterior ha sido un patrón de conducta que se ha venido repitiendo cada vez que había que transitar por una crisis. Y la realidad, aún más tozuda que el legislador, se ha encargado de poner a España —a casi una década vista del final de la Gran Recesión y pese a la reciente mejoría— en un 12'87 % de tasa de desempleo⁴. No obstante, la evolución de las cifras tras el cambio de normativo acometido en 2021 invita a un optimismo que ha de ser moderado, habida cuenta de que se sale de una pandemia mundial sin precedentes en la Historia moderna.

No pudiendo estos menesteres ser objeto del presente artículo⁵, las páginas siguientes tienen que limitarse a abordar la reciente modificación operada por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (en adelante LPGE 2023), en orden a la modificación sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo. Asimismo, se analizan también algunos de los pronunciamientos judiciales más interesantes —por su repercusión práctica o por lo intrincado de las vicisitudes a resolver— que han tenido lugar desde la ya mencionada pandemia hasta el día de hoy.

Sin ir más lejos, en septiembre del año pasado, el RD-Ley 16/2022⁶ vino a terminar con la discriminatoria “situación de desamparo social” que soportaban las personas al servicio doméstico⁷, por su histórico destierro de la protección por desempleo. Dicho sea de paso, la reciente ampliación del ámbito subjetivo de estas prestaciones abrió la puerta hacia la ratificación del Convenio 189 de la OIT⁸, ya materializada en junio por el Parlamento.

¹ MÉNDEZ, I.: *El desempleo de larga duración en España y la Región de Murcia*, Murcia, Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, 2021, pp. 9-20. En el mismo sentido: Pérez Menayo, V., “El paro: Un paro para la Comunidad Europea”, *Revista Noticias CEE*, nº 53/1989, pp. 109-133; o Fina Sanglás, L., “El problema del paro en Europa: causas y remedios”, *Ekonomiaz*, nº 31/1995, p. 15.

Por su parte, considerando que dicha atención comenzó con la primera crisis económica de los 70, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “Empleo y desempleo en la Unión Europea: del desinterés a la prioridad absoluta”, *XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 531.

² Vehiculada fundamentalmente por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre la modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

³ De la Rica, S., “Wage gaps between workers with indefinity and fixed-term contracts: the impact of firm and occupational segregation”, *Moneda y Crédito*, nº 219/2004, pp. 43-69.

⁴ Según datos de la última EPA: cuarto trimestre de 2022. <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0422.pdf>.

⁵ Para Méndez, las causas de que España tenga el mercado de trabajo con mayor elasticidad de respuesta a los ciclos de la economía mundial son: el desajuste en habilidades, propiciado por el temprano abandono educativo; el desajuste geográfico, causado por las reticencias de los ciudadanos del sur de Europa para mudarse a otras regiones de su mismo país; la generosidad de la prestación por desempleo, en la comparativa con otros sistemas de nuestro entorno; las elevadas cuotas de Seguridad Social para la parte empresarial y la poca eficacia del SPEE en cuanto a la consecución de empleos para los parados inscritos. Méndez, I.: *El desempleo de larga duración en España*, op. cit., pp. 45-60. También JANSEN, M., “El reto de la inserción de los desempleados de larga duración”, *Policy Papers*, nº 26/2016.

⁶ De 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

⁷ Palabras de la propia STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20), en las que habrá oportunidad de detenerse *infra*.

⁸ De 2011, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

Se examinan también un par de cuestiones relacionadas con el ejercicio del derecho desde dos tipos de excedencia previstos por el ET: una de las forzosa y la voluntaria, cuando ello acaba derivando en situación legal de desempleo. La primera de ellas es si existe la posibilidad de que la persona trabajadora experimente un perjuicio prestacional al combinar la excedencia por cuidado de hijo con otro trabajo, siendo este segundo a tiempo parcial. Si a la vuelta de la excedencia fuese extinguida su relación laboral a tiempo completo, ¿con qué bases de cotización mensuales habría de calcularse la base reguladora de la prestación por desempleo? Cuestión esta ya resuelta desde el prisma de que el ejercicio de los derechos de conciliación no debe acarrear una disminución de la protección de Seguridad Social, máxime cuando se trate de mecanismos de flexibilidad laboral mayoritariamente utilizados por población femenina.

La segunda cuestión se refiere a qué ocurre cuando un trabajador que vuelve de una excedencia voluntaria se topa con la negativa de la empresa a reingresarlo. Es sabido que ello se equipara al despido y le colocaría en situación legal de desempleo, pero se requiere que la empresa le dé de alta en la Seguridad Social antes de extinguir la relación para que este reúna los requisitos de acceso a la prestación. La STS nº 781/2021, de 13 de julio, resolvió cuáles son los efectos del incumplimiento empresarial de cursar dicho alta.

Al margen ya de lo anterior, se dedica otro apartado a abordar la complejidad que plantean los contratos fijo-discontinuo y a tiempo parcial con “jornada concentrada” en su articulación con el desempleo. Concretamente se trata del cálculo de las bases reguladoras y de los cómputos de ocupación cotizada en ambas modalidades contractuales, que determinan la cuantía a percibir así como la longitud temporal de derecho a tal percibo.

Y se expone el parecer del TS a la hora de extender o no al subsidio por desempleo para mayores de 52 años la ficción cotizatoria por parto para la mujer trabajadora. Como se sabe, dicho beneficio prestacional consiste en un incremento de 112 días de cotización por cada hijo biológico traído al mundo, más otros 14 días por cada hijo extra en caso de parto múltiple, pero circunscribiéndose ello “a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente”. La STS nº 576/2022, de 23 de junio, siendo ponente el magistrado Sempere Navarro, ha tenido a bien extender tal beneficio al referido subsidio.

Por último, se muestran las conclusiones alcanzadas y se realizan propuestas legislativas.

1. EL NUEVO CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Son beneficiarios de la prestación por desempleo quienes “pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos” (art. 262 LGSS). Ya desde este precepto, que abre el Capítulo III de la LGSS, queda meridianamente claro que la extinción de la prestación de servicios debe ser involuntaria para merecer la acción protectora del sistema. Lo cual no debiera quizás expresarse en términos tan absolutos, habida cuenta de la previsión de algunos supuestos en los que es la persona trabajadora quien da el paso de instar la resolución de su vínculo contractual: movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, incumplimiento grave del empresario o víctimas de violencia de género. Con todo, se está ante un elemento subjetivo imposible de comprobar si no se traduce a unos hechos objetivos. Y la objetivación de esos hechos, esos “términos previstos” que indica el art. 262, vienen contenidos en el art. 267 LGSS cuando refiere qué ha de considerarse situación legal de desempleo⁹.

⁹ Sobre la reciente ampliación de dicho ámbito subjetivo a los trabajadores al servicio del hogar familiar habrá oportunidad de detenerse en el siguiente apartado. Baste saber por el momento que dicho colectivo ha sido incluido a todos los efectos en el apartado 1, letra a, de este precepto.

Reunido el resto de requisitos que exige el art. 266 LGSS, el solicitante causa derecho a la prestación¹⁰. Y los parámetros que vienen a determinar su cuantía y su duración atienden a las bases de cotización diarias más recientes, al periodo de ocupación presentado en el arco temporal de los últimos seis años y al IPREM mensual vigente en cada momento¹¹. Bien es verdad que la modificación efectuada por la última LPGE se limita a modificar el porcentaje aplicable a la base reguladora, pero no se considera ocioso exponer a vuelapluma una visión de conjunto de todos estos aspectos cuantitativos, contemplando además la subida del referido indicador para este ejercicio 2023.

1.1. Base reguladora

El art. 270.1 LGSS establece que la base reguladora de la prestación contributiva por desempleo será el promedio de las últimas 180 bases de cotización diarias aportadas por el beneficiario, sin que estos días tengan por qué ser consecutivos ni desempeñados para la misma empresa¹². De dicho cómputo queda excluida la retribución por horas extraordinarias, con “independencia de su inclusión en la base de cotización por dicha contingencia fijada en el art. 19”. Es decir, que las horas extraordinarias efectuadas, en su caso, por la persona trabajadora son tenidas en cuenta para engrosar la base de cotización a efectos del pago de las pertinentes cuotas a la Seguridad Social, pero ignoradas en orden a calcular la base reguladora de la prestación.

Mismo tratamiento reciben las cuantías percibidas en concepto de indemnizaciones por despido acordadas por las partes sobre lo legalmente establecido en el ET. Por estas hay obligación de cotizar conforme al art. 147.2.c LGSS —seguramente con fines recaudatorios o para dificultar conductas fraudulentas—, aunque en la medida en que no se corresponden con cantidades de naturaleza salarial¹³ se ha de convenir en que una cosa es “su cotización a la Seguridad Social y otra que se integre, no siendo salario, en la base reguladora de la prestación por desempleo”¹⁴.

En otro orden de cosas, si se observa un incremento injustificado de las bases de cotización computables, con el propósito de obtener una mayor base reguladora, ello tendrá la consideración de pacto nulo según lo dispuesto en el art. 143 LGSS. En este sentido, se entiende incremento injustificado de bases, constitutivo de fraude de ley, el del parado que había acordado con su empresa una subida retributiva mediante plus personal durante los 10 meses previos a la situación de desempleo, el cual “no se abonaba a ningún otro trabajador de la empresa, ni viene exigido en convenio colectivo”¹⁵.

Conviene también recordar que cuando la situación legal de desempleo sobreviene durante el disfrute, por parte de la persona trabajadora, de una reducción de jornada por alguna de las causas

¹⁰ A saber: estar en alta o situación asimilada, haber cotizado por esta contingencia al menos 1 año dentro de 6 inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, no tener derecho a acceder a la pensión de jubilación contributiva y estar inscrito como demandante de empleo.

¹¹ Para un conocimiento más pormenorizado del cálculo, véase a ARETA MARTÍNEZ, M., “Cuantía de la prestación contributiva por desempleo”, *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 99-125.

¹² En tenor similar, el art. 4.1 RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

¹³ Cfr. con el art. 26 ET.

¹⁴ Véase, por todas, la STSJ de Cataluña, de 13 de diciembre de 2019 (nº 6062/2019).

¹⁵ STSJ de Andalucía/Granada, de 28 de octubre de 2015 (nº 2074/2015), apreciando fraude de ley en el aumento de bases de cotización que se tradujo en una mayor base reguladora de la prestación por desempleo y, a posteriori, también en una mayor pensión de jubilación.

No apreció fraude de ley la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 8 de junio de 2017 (nº 528/2017), en un incremento de salarios que “no es fruto de un acuerdo individual (...) sino que afecta a todos los trabajadores de la misma categoría profesional”. Ni la STSJ de Castilla y León, de 15 de noviembre de 2017 (nº 1828/2017), al no encontrar indicios suficientes para constatar el fraude, pues este “no se presume sino que tiene que ser acreditado por quien lo invoca”.

previstas por los puntos 5, 6 y 8 del art. 37 ET, las bases de cotización a tener en cuenta serán tomadas conforme al 100 % de la cuantía que hubiera correspondido de mantenerse la jornada sin reducción¹⁶.

1.2. Duración y porcentaje aplicable

Es sabido que la duración del derecho al percibo depende del número de días de ocupación cotizada presentados por el beneficiario dentro del lapso de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar. De tal modo que al mínimo de 360 días de ocupación le corresponderían 120 de prestación, hasta alcanzar en una escala progresiva un máximo de 720 días de prestación si se han cotizado 2.160 días.

También el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora varía. Y lo hace en los casos en que el beneficiario haya causado un derecho al percibo superior a 180 días de protección. Así, durante esos primeros 180 días se cobrará a razón de un 70 % de la base reguladora, bajándose al 60 % desde el día 181 en adelante. Ello es así desde la entrada en vigor de la LPGE 2023, cuya disposición final 25ª ha venido a modificar el art. 270.2 LGSS por un tenor que ahora incrementa hasta el mencionado 60 un porcentaje que antes de situaba en el 50 a partir del día 181¹⁷.

Todo lo cual puede reflejarse en la tabla que sigue:

Período cotizado (días)	Duración de la prestación	% sobre base reguladora
Desde 360 hasta 539	120 días	70 %
Desde 540 hasta 719	180 días	
Desde 720 hasta 899	240 días	
Desde 900 hasta 1.079	300 días	60 %
Desde 1.080 hasta 1.259	360 días	
Desde 1.260 hasta 1.439	420 días	
Desde 1.440 hasta 1.619	480 días	
Desde 1.620 hasta 1.799	540 días	
Desde 1.800 hasta 1.979	600 días	
Desde 1.980 hasta 2.159	660 días	
Desde 2.160	720 días	

1.3. Cuantías máximas y mínimas

Sin salir todavía del art. 270 LGSS, su apartado 3 dispone la fórmula para calcular las cuantías máxima y mínima de la prestación. Estas consisten en aplicar un porcentaje a la cuantía del IPREM mensual, incrementada en una sexta parte, y en función del número de hijos a cargo que tenga el beneficiario. Las cuantías están sujetas a variación si durante el derecho al percibo la circunstancia del número de hijos a cargo cambiara; no así para con los incrementos experimentados por el IPREM,

¹⁶ Se trata de las reducciones de jornada por nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, por cuidado de un menor de 12 años a cargo, por cuidado de una persona discapacitada que no realice actividad retribuida, por cuidado de un familiar que no pueda valerse por sí mismo ni realice actividad retribuida, por cuidado de un menor de edad a cargo que esté afectado de cáncer u otra enfermedad grave, por ser trabajadora víctima de violencia de género y por ser víctima de terrorismo.

¹⁷ Por su parte, la disposición transitoria 9ª establece que tal modificación porcentual se extiende a quienes estuvieran percibiendo la prestación a la entrada en vigor de la ley.

que habrá de ser tomado en la cuantía mensual vigente en el momento del nacimiento de la prestación (art. 4.3 RD 625/1985)¹⁸.

En lo atinente a la cuantía máxima, esta se calcula como sigue:

- Para beneficiarios sin hijos a cargo: 175 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.
- Para beneficiarios con un hijo a cargo: 200 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.
- Para beneficiarios con dos hijos o más a cargo: 225 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.
- Y, de una manera similar, se prevé para las cuantías mínimas:
- Para beneficiarios sin hijos a cargo: 80 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.
- Para beneficiarios con hijos a cargo: 107 % del IPREM mensual incrementado en una sexta parte.

Así las cosas, mientras el IPREM mensual esté cuantificado en 600 euros¹⁹, las cuantías máximas serán las que siguen: 1.225 euros para beneficiarios sin hijos a cargo, 1.400 euros para beneficiarios con un hijo a cargo y 1.575 euros para beneficiarios con dos hijos o más a cargo. Y las cuantías mínimas serán estas: 560 euros para beneficiarios sin hijos a cargo y 749 euros para beneficiarios con hijos a cargo.

2. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO: LA INCLUSIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

La protección por desempleo se entiende como un conjunto de medidas enfocadas a atender la situación de necesidad en que se ven quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o ven suspendida o reducida su relación laboral. Siendo este el hecho causante de la acción protectora —y sabiendo que se requiere además haber contribuido al sistema por esta contingencia durante al menos 1 año dentro de los anteriores 6—, encontrarse en “situación legal de desempleo” constituye la auténtica llave maestra del acceso a la prestación²⁰.

En efecto, este ámbito de aplicación ha sido recientemente ampliado, dando cabida a un colectivo cuya histórica exclusión ha generado ríos de tinta: los trabajadores domésticos. Ello por tratarse de una actividad minusvalorada pese a estar en auge, altamente feminizada (en torno a un 95 %), y no existiendo fundamentación legal suficiente para haber sido objeto de tal discriminación²¹. De manera que la reforma acometida por el RD-Ley 16/2022 era necesaria, y su procedencia está fuera de toda duda si se atiende a las especiales condiciones laborales y de protección social en que se veían encuadrados.

¹⁸ A estos efectos, tienen la consideración de hijos a cargo aquellos menores de 26 años, o mayores con un grado de discapacidad reconocido en al menos un 33 %, que carezcan de rentas de iguales o superiores al SMI vigente en cada momento excluyendo pagas extraordinarias, y que convivan con el beneficiario (salvo obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial, o sostenimiento económico del hijo).

¹⁹ El art. 2.2 RD-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, establece que la cuantía de este indicador vendrá determinada anualmente vía PGE.

²⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Reconocimiento y ámbito subjetivo del derecho”, *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 27-28.

²¹ Véase el art. 264.1.a LGSS.

Se trata de un colectivo de incontestable presencia femenina, inmigrante, con un uso recurrente de contrataciones a tiempo parcial y que cuenta con personas que desempeñan funciones en régimen interno²². Y entre sus desprotecciones más flagrantes estaba la exclusión que realizaban los ya derogados art. 3.4 LPRL, respecto de su ámbito de aplicación, y art. 251.d LGSS en orden a la materia que aquí se aborda. Por ello es que la homogeneización del personal al servicio del hogar familiar dentro del Régimen General era una cuestión que llevaba al menos 15 años en la agenda social del legislador. No obstante, ha tenido que ser la STJUE, de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20), la que precipitara los acontecimientos al considerar que el recién mencionado art. 251.d LGSS contravenía el art. 4.1 Directiva 79/7/CEE²³, constituyendo ello una discriminación indirecta por razón de género carente de justificación²⁴.

La sentencia irrumpió en el escenario socio-laboral, en efecto, no enarbolando innovaciones normativas ni una rompedora corriente doctrinal, sino cimentando su argumentación sobre la obvia discriminación indirecta consistente en dejar extramuros de la protección por desempleo a un colectivo en el que 19 de cada 20 trabajadores son mujeres²⁵. Los argumentos esenciales de la TGSS y del Gobierno residían en la particularidad del sujeto empleador y del lugar de la prestación de servicios. El hecho de que el empleador no sea un empresario profesional sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio económico, podría significar, ante el incremento de cargas cotizatorias, una disminución de las contrataciones así como la extinción de relaciones laborales ya existentes. Y en lo referente a que el centro de trabajo sea el hogar de un particular, ello impediría una labor inspectora eficaz que —debido a la inviolabilidad del domicilio— facilitaría las conductas fraudulentas encaminadas a obtener indebidamente prestaciones económicas.

No opinó así el TJUE. Luego de cuestionar la coherencia de dicha exclusión, señalando la existencia de otras actividades realizadas a domicilio para empleadores no profesionales a las que sí se daba cabida —como chóferes o jardineros—, procedió a subrayar el dato de la afiliación femenina para concluir que la normativa española, a este punto, iba más allá de lo debido e incurría en discriminación indirecta. En la sentencia se señala también que la exclusión de la protección por desempleo acababa perjudicando también, de manera colateral, al perder la persona trabajadora las cotizaciones para jubilación vinculadas al tiempo del percibo del paro²⁶, así como el acceso a los subsidios que se abren al término de la prestación contributiva o la participación en programas de formación o recolocación profesional.

²² Pueden consultarse cifras en NIETO ROJAS, P., “Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT”, *Lex Social: revista de los derechos sociales*, n° 2/2019, p. 398.

²³ 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.

²⁴ Para Benito Benítez, esta presencia masiva, pretérita y actual de las mujeres, implica que cualquier debate, análisis doctrinal y/o jurisprudencial, o procedimiento de generación legislativo, incumba al principio de transversalidad de género, pues toda actuación que se adopte generará un impacto indiscutible en las mujeres. BENITO BENÍTEZ, M.A., “El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n° 5/2022, p. 13. En el mismo sentido, Romeral Hernández, J., “Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, n° 2/2022, pp. 31-35; MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M., “Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad”, *La Ley Unión Europea*, n° 101/2022, pp. 1-3; o QUINTERO LIMA, M.G., “El tratamiento discriminatorio de la —ausencia de— protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n° 468/2022, pp. 187-190.

²⁵ Según cifras aportadas por la propia TGSS en el trámite de conclusiones orales, de las 384.175 personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, 366.991 eran mujeres (95'53%) a 31 de mayo de 2021.

²⁶ Puede leerse comentario de la sentencia en SEMPERE NAVARRO, A.V., “La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n° 3/2022; o en Abogados S.L.P., Gómez Acebo & Pomo., “La normativa española que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar es contraria al Derecho de la Unión”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n° 4/2022.

El celebrado pronunciamiento ha traído como consecuencia inmediata —además de la ratificación del Convenio 189 OIT— la reacción del Gobierno a través del RD-Ley 16/2022, norma en la que se ha optado por revisar de manera integral la regulación de cuantas condiciones de trabajo presentaban un matiz discriminatorio respecto del resto de actividades del Régimen General. Desaparece, pues, la ya mencionada exclusión del art. 3 LPRL, garantizándose una protección eficaz conforme a las particularidades propias del medio doméstico, se les abre la puerta del FOGASA ante supuestos de insolvencia o concurso de empleadores²⁷, se pone fin al desistimiento unilateral sin causa o se requiere la forma escrita para los contratos que vayan a durar al menos 4 semanas²⁸. Así, la norma ofrece una mejora sustancial en las condiciones laborales y de Seguridad Social para las empleadas y empleados de hogar, en una equiparación de derechos muy demorada por épocas de crisis y ya pretéritas políticas de austeridad²⁹. Cuestiones estas en las que no se va a profundizar por rebasar el objeto del presente estudio³⁰.

En lo atinente al desempleo, el RD-Ley 16/2022 ejecuta el mandato del art. 41 CE por el que los poderes públicos deben mantener un régimen público de Seguridad Social “para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en casos de desempleo”. En primer lugar, se da acceso a la prestación para los empleados domésticos mediante la derogación del art. 251.d LGSS. Se incorpora, en lógica consecuencia, un apartado 8º al art. 267.1.a en el que se involucra al colectivo entre las causas de situación legal de desempleo³¹.

Y en segundo lugar, las bases de cotización pasan a ser 8, en lugar de 10, las cuales, tras la subida del SMI a 1.080 euros mensuales, se disponen conforme figura en la escala de más abajo:

Tramo	Retribución mensual				Base de
	Euros/mes				cotización Euros/mes
1.º			Hasta	291	270
2.º	Desde	291,01	Hasta	451	386
3.º	Desde	451,01	Hasta	613	532
4.º	Desde	613,01	Hasta	775	694
5.º	Desde	775,01	Hasta	939	858
6.º	Desde	939,01	Hasta	1.098	1.018
7.º	Desde	1.098,01	Hasta	1.260	1.260
8.º	Desde	1.260,01			Retribución mensual

²⁷ Incluyéndoseles en el tenor del art. 33.2 ET.

²⁸ Arts. 11 y 5 RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del hogar familiar, respectivamente.

²⁹ PÉREZ DEL PRADO, D., “La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 32/2022, pp. 243-258. En el mismo sentido, Baylos Grau, A.P., “La mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las trabajadoras al servicio del hogar familiar”, 2022, <https://baylos.blogspot.com/2022/09/la-mejora-de-las-condiciones-de-trabajo.html>.

³⁰ Al respecto, y sin ánimo de exhaustividad, puede leerse a QUINTERO LIMA, M.G., “La desprecariación de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 473/2023, pp. 87-124; QUINTERO LIMA, M.G., “Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras”, *Iuslabor*, nº 3/2022, pp. 120-140; o ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar...”, op. cit., pp. 31-57.

³¹ “Por extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo recogido en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”.

A partir de 2024 las bases de cotización serán las que corresponda para las contingencias profesionales, según dispone el art. 19.3 LGSS para todos los Regímenes.

3. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO Y EXCEDENCIAS

3.1. Excedencia por cuidado de hijo y trabajo a tiempo parcial

En otro orden de cosas, y en aplicación de lo establecido por el art. 237 LGSS, la prestación por desempleo no se encuentra entre las que consideran como tiempo efectivo de cotización el permanecido por la persona trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijo menor. Dicha excedencia —que puede concederse por un período máximo de 3 años (art. 46.3 ET)— sí recibe el tratamiento de situación asimilada al alta, de manera que, si durante la misma se produjera alguna de las causas que desembocan en situación legal de desempleo, el empleado excedente podría causar derecho a la prestación.

De suceder esto, para determinar parámetros como el período de ocupación cotizada, la base reguladora o la duración del percibo, habría que estar al momento en que cesó la obligación de cotizar (art. 269.1 LGSS). Circunscribiéndose al cálculo de la base reguladora, por ejemplo, los 180 días inmediatamente anteriores habrán de ser, pues, tomados hacia atrás desde la fecha en que se pasó a la situación de excedencia forzosa. Y hasta aquí está todo orden.

No obstante, la normativa no contempla el supuesto de que el trabajador excedente que acaba generando una prestación por desempleo hubiera venido compaginando su excedencia forzosa con un contrato a tiempo parcial ya existente con anterioridad a pasar a tal situación. En este caso sí se presentarían cotizaciones: las generadas por el otro contrato a tiempo parcial. Y a falta de previsión normativa en el art. 270 LGSS, ¿cuál sería, pues, el momento a partir del cual retrotraerse para el cómputo de la base reguladora? ¿La fecha en que cesa la obligación de cotizar por la actividad principal que acaba causando el paro o aquella en que se produce la situación legal de desempleo?

Si se optara por la segunda posibilidad y las bases de cotización diarias de la actividad a tiempo parcial fueran menores —ello sería lo más probable—, la persona trabajadora estaría experimentando un perjuicio prestacional por el hecho de haber ejercitado dos derechos vinculados a la conciliación: la excedencia por cuidados y el contrato a tiempo parcial. Habida cuenta de que la mayoría de trabajadores que recurren a estas medidas son mujeres, ello podría representar una discriminación por razón de género³². Y sobre los interrogantes recién expuestos resuelve el pronunciamiento que se quiere comentar en el presente apartado.

Se trata de la SJS de Murcia, de 26 de abril de 2021 (nº 75/2021), que conoce del caso de una abogada que venía prestando servicios a tiempo completo para una asesoría, a la par que impartía docencia como asociada a tiempo parcial para la Universidad de Murcia. La profesional había iniciado en 2018 una excedencia por cuidado de hijo menor en su contrato a tiempo completo, esto es, en la asesoría jurídica, por el cual percibía salarios superiores a la base de cotización máxima vigente. No así en su relación laboral con la universidad, que siguió desempeñando a tiempo parcial y presentando unas bases de cotización notablemente inferiores. La problemática surgió al llegar el día de la reincorporación a su puesto, en enero de 2019, momento en que la empresa le entregó carta de despido por causas objetivas, debidamente fundamentada y aportando la indemnización pertinente.

El SPEE, para calcular la base reguladora de su prestación por desempleo, tomó las 180 bases de cotización anteriores al hecho causante: el cese en su relación laboral principal, abarcando pues un período en el que únicamente se había venido cotizando por el trabajo a tiempo parcial durante la situación de excedencia. Adviértase que el SPEE operó así por no haber cesado “la obligación de

³² Cfr. con el art. 4 Directiva 79/7/CEE, 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.

cotizar”. De manera que la cuantía de la prestación resultante fue ínfima en comparación con la que hubiera debido determinarse conforme a las bases de cotización diarias correspondientes al contrato extinguido.

La sentencia estimó íntegramente la pretensión de la trabajadora de trasladar el cómputo de las bases al momento inmediatamente anterior a la situación de excedencia por cuidado de hijo, por ser de aplicación la “teoría del paréntesis”. Ello en aras de que la persona trabajadora, por el ejercicio de un elemento destinado a la conciliación, no viera “menoscabado su derecho a percibir la prestación por desempleo (...); pues la protección por maternidad va destinada a todas las mujeres y concierne a la sociedad misma, además reviste una significación especial para aquellas que ejercen una actividad profesional, tratando de garantizar que su situación biológica no constituya un obstáculo en su actividad profesional”. Se expuso además que en la protección de la mujer trabajadora confluyen medidas de distinta índole: desde las que tienen un claro matiz laboral y buscan acomodar el contrato al hecho biológico de la maternidad, hasta aquellas que pretenden preservar el nivel de recursos económicos o, cuando menos, aminorar la pérdida de ingresos³³.

Así las cosas, y como ya se ha referido, se resuelve aplicar la teoría del paréntesis y tomar las bases de cotización correspondientes a los 180 días anteriores a la petición de excedencia, pues no ha de resultar perjudicado en términos prestacionales quien decide trabajar a tiempo parcial durante un período de excedencia por cuidado de hijos respecto de quien no lo hace³⁴. Y a propósito del silencio del legislador a este punto, habrá oportunidad de proponer texto legal en las conclusiones de este estudio.

3.2. Excedencia voluntaria y negativa injustificada de la empresa al reingreso

En lo que respecta a la excedencia voluntaria, la escasa atención prestada por el ET es inversamente proporcional al volumen de problemas interpretativos que desprende, y en torno a los cuales se ha venido desplegando una jurisprudencia casi impredecible. La posición de fragilidad en que queda el excedente voluntario se acentúa cuando este solicita el reingreso preferente y se topa con la negativa empresarial, no sólo porque se le abre un panorama de actuación bastante complejo —acción por despido o acción declarativa de derechos— sino porque también el acceso a la prestación aquí estudiada podría resultar dificultoso³⁵.

Buen ejemplo de esta problemática puede encontrarse en la STS de 13 de julio de 2021 (nº 781/2021). Se trata de un litigio en el que el SPEE se negó a conceder el derecho al percibo a una trabajadora que desempeñaba labores de limpieza a tiempo parcial para dos mercantiles y, tras disfrutar de un año de excedencia voluntaria en ambas, una de ellas le niega el reingreso. Esta empresa reconoce la improcedencia del acto extintivo y abona la indemnización pertinente en acto de conciliación judicial, y es por ello que la operaria queda en situación legal de desempleo y pide, por tanto, causar derecho a la prestación. La denegación del SPEE viene fundamentada en que, a pesar de estar la solicitante desempleada por causas ajenas a su voluntad, no cumple el requisito de

³³ En el mismo sentido, la STSJ de Baleares, de 26 de junio de 2020 (nº 207/2020).

³⁴ Para Sánchez Melgarejo resulta paradójico, pues a pesar de que “el contrato a tiempo parcial también viene configurado como una medida de flexibilidad laboral, lo cierto es que en este caso condujo al perjuicio para la trabajadora excedente por lo que hacía a su prestación por desempleo”. Puede leerse un análisis más detallado de la sentencia en SÁNCHEZ MELGAREJO, A.M., “Precariedad, conciliación y protección social de las trabajadoras. Estudio del supuesto de prestación por desempleo de la trabajadora a tiempo parcial en situación de excedencia”, *Aspectos clave para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar*, Fernández Collados, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 125.

³⁵ VIQUEIRA PÉREZ, C., “Excedencia voluntaria, negativa injustificada al reingreso y derecho a la prestación por desempleo”, *Anuario 2021 de jurisprudencia laboral*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Madrid, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, p. 799.

encontrarse en alta o situación asimilada³⁶ pues la empresa no procedió a cursar el alta el día en que negó el derecho a la readmisión.

El conflicto llega al TS y la trabajadora ve estimada su pretensión —ya concedida por el TSJ de Madrid en sentencia de 11 de julio de 2018 (784/2018)— sobre la idea de que por el hecho de que la mercantil no la readmitiera, e incumpliera su obligación de cursar el alta antes de optar por extinguir la relación laboral, no debe derivarse de ahí un perjuicio prestacional. Resultó clave en ese sentido el art. 281 LGSS, por cuanto establece que la entidad gestora ha de pagar las prestaciones por desempleo “en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y de cotización, sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a esta por las prestaciones abonadas”. Y a pesar de que la sentencia no lo indique expresamente, es de lógica consecuencia que el SPEE hubo de abonar automáticamente las cuantías generadas en concepto de prestación por desempleo.

4. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO, TRABAJADORES FIJOS-DISCONTINUOS Y TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL CON “JORNADA CONCENTRADA”

Otra relación particular con la prestación por desempleo es la que tienen los trabajadores fijos-discontinuos, quienes pueden acceder a su protección tanto en supuestos de extinción definitiva como durante los períodos de inactividad inherentes a esta modalidad contractual³⁷. El art. 267.1.d LGSS, al término de la actividad intermitente o cíclica, pone a estos trabajadores en la disyuntiva de causar derecho a la prestación —si reúnen el resto de requisitos— o continuar acumulando cotizaciones para disfrutarla tal vez en un período posterior.

Con la primera opción, si el fijo-discontinuo fuera llamado para reanudar su actividad se suspendería la prestación, salvo que este no se presentara a la llamada y ello diera lugar, pues, a la extinción del beneficio. A falta de llamamiento, huelga decir que la persona trabajadora se encontraría igualmente en situación legal de desempleo, quedando así expedito el derecho a percibir (o a continuar percibiendo) el paro. Con la segunda posibilidad, esto es, si se optara por la acumulación de cotizaciones para un derecho futuro, podría suceder también que el operario no volviera a ser llamado para reincorporarse. En este supuesto operaría la teoría del paréntesis, en orden a retrotraer el cómputo de las 180 bases de cotización diarias a la fecha de terminación de los trabajos, para que el beneficiario acceda a la prestación sin merma en el período de percibo. De lo contrario la decisión extintiva representaría un doble daño: la extinción laboral y un perjuicio prestacional³⁸.

Paralelamente, cabe hablar en este apartado de otra figura contractual que, pese a sus similitudes en lo laboral con la recién esbozada, presenta un tratamiento inverso en lo que a la prestación se refiere. Se trata del contrato indefinido a tiempo parcial con jornada concentrada —también llamada

³⁶ Cfr. con el art. 266 LGSS: “Para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 264 deberán reunir los requisitos siguientes:

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

(...)”.

Y, como se sabe, entre las situaciones asimiladas al alta recogidas por el art. 166 LGSS no se encuentra la negativa empresarial injustificada tras el ejercicio de una excedencia voluntaria.

³⁷ Para mayor conocimiento de la figura puede leerse, por ejemplo, a GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021”, *Temas Laborales*, nº 161/2022, pp. 217-252; o a MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 251/2022, pp. 153-216.

³⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Compatibilidad con las prestaciones de desempleo”, *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 351-352.

vertical o compactada³⁹—, en el que el trabajador permanece en situación de alta todo el año pese a desempeñar funciones a jornada completa solo durante algunas partes del mismo⁴⁰.

Tanto es así que la STS de 23 de junio de 2021 (nº 626/2021) tuvo que resolver sobre la pretensión de una empleada de una aerolínea que, contratada bajo la modalidad de indefinida a tiempo parcial con el 73'97 % de la jornada anual, quiso que se la considerara fija-periódica y percibir la prestación por desempleo durante los periodos de inactividad. Así las cosas, había desempeñado funciones desde junio de 2015 y a razón de 270 días al año, en periodos que abarcaban desde el inicio de junio hasta finales de febrero del año posterior, permaneciendo en alta y cotizando en todo momento. Sin embargo, el 26 de febrero de 2018, al término de su último periodo de actividad, solicitó al SPEE la prestación entendiendo que era una trabajadora fija-periódica y que, por tanto, se encontraba en situación legal de desempleo. El TS acabó declarando que la actividad desempeñada por la trabajadora, pese a presentar periodos de inactividad, era bajo la modalidad contractual indefinida a tiempo parcial vertical, esto es, con jornada anual concentrada, y no cabía protección por desempleo pues “no se encuentra en ninguna de las situaciones contempladas en el art. 267.1 LGSS como situación legal de desempleo”. Efectivamente, no se había producido extinción, ni suspensión ni reducción de jornada, ya que la persona trabajadora había realizado la totalidad de la jornada y percibido la totalidad de la retribución pactada, y además había venido cotizando a todos los efectos y de manera ininterrumpida desde el 1 de junio de 2015⁴¹.

Lo anterior ya había sido asentado por el TJUE, de manera tangencial, en sentencia de 9 de noviembre de 2017 (caso C-98/2015), al considerar discriminatorio que a los contratados a tiempo parcial vertical se les computaran únicamente los días de trabajo como periodo de ocupación cotizada⁴². Tal decisión vino determinada por representar esto una discriminación indirecta por razón de género, dado el mayor componente femenino de los contratos a tiempo parcial. Ello provocó un cambio legislativo en orden a cotizar la totalidad de los periodos en alta, con independencia de qué días se haya trabajado y cuáles no⁴³; dejando la cuestión, pues, como se conoce.

El RD-Ley 32/2021⁴⁴ no ha introducido cambios en este sentido, pero al haber reconducido el contrato a tiempo parcial fijo-periódico al contrato fijo-discontinuo⁴⁵, la articulación de aquel respecto de la prestación analizada sí ha variado. Así, pasa a regirse conforme a las reglas del fijo-discontinuo, esto es, sin aplicación de coeficientes de parcialidad y como si fuera a tiempo completo.

Ello da lugar a que en estos contratos —con independencia de que se pacten o no fechas precisas de desempeño— solo se computen como periodos de ocupación cotizada aquellos en los que

³⁹ Véanse las SSTs de 14 de enero de 2020 (nº 1386/2020) y de 23 de junio de 2021 (nº 646/2021).

⁴⁰ Cfr. con art. 65.3 Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

⁴¹ Duque González opina que la sentencia quiso distinguir ambas modalidades, pero lo hizo sin basarse en criterio laboral alguno, sino acogiendo a meros problemas burocráticos de Seguridad Social, limitándose a firmar que como no se había tramitado la baja de la profesional, y esta seguía en alta y cotizando, no era fija-periódica y no procedía la prestación. En definitiva, “utilizó un argumento de corte técnico-burocrático en materia de Seguridad Social para escurrir el bulto y eludir cualquier tipo de delimitación laboral entre ambos supuestos”. En DUQUE GONZÁLEZ, M., “El contrato fijo-discontinuo tras el RD-Ley 32/2021: la problemática en relación con la prestación contributiva por desempleo”, *Trabajo y Derecho*, nº 98/2023, p. 4.

En el mismo sentido, la STSJ de Madrid, de 3 de abril de 2019 (nº 335/2019).

⁴² Véase análisis detallado sobre la sentencia en PÉREZ DEL PRADO, D., “Desempleo, discriminación y trabajo a tiempo parcial: las enseñanzas del caso Espadas Recio”, *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Miranda Boto, J.M. (Dir.), Madrid, Ediciones Cinca, 2018, pp. 295-315.

⁴³ Por RD 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

⁴⁴ De 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

⁴⁵ El art. 12.3 ET, que contenía el fijo-periódico, ha sido derogado, quedando ubicados ambos contratos en el art. 16 ET.

se haya trabajado, a tiempo completo y sin aplicación de coeficientes de parcialidad. Expresado de otro modo, las bases de cotización a tener en cuenta son por cuantías correspondientes a tiempo completo, lo cual se traduce en una base reguladora más elevada, pero se requerirá más tiempo para alcanzar el período mínimo de carencia que genera la prestación. Al contrario de lo que sucede para con los contratos a tiempo parcial con jornada concentrada, en los que se cotiza todo el año a tiempo parcial, alcanzándose así antes el derecho al percibo, pero con bases reguladoras menores, confeccionadas por bases de cotización a tiempo parcial⁴⁶.

Y para los casos en que el contrato fijo-discontinuo se configure a tiempo parcial, por permitirlo un convenio sectorial, las reglas son las mismas, de manera que las bases a tener en cuenta ya vendrían minoradas en orden a la proporción de jornada desempeñada durante el período de actividad. Así, viene a funcionar en una suerte de aplicación combinada de las reglas del contrato a tiempo parcial corriente y del fijo-discontinuo.

5. APLICACIÓN DE LA COTIZACIÓN FICTICIA POR PARTO A EFECTOS DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS

El último de los pronunciamientos a destacar en este estudio es la STS de 23 de junio de 2022 (nº 576/2022), por la perspectiva de género mostrada y por su repercusión en la práctica, tanto en lo que respecta a las posibilidades de acceso de las mujeres al subsidio por desempleo para mayores de 52 años como en lo atinente, de manera indirecta, a adelgazar la brecha pensional. La cuestión sometida a conocimiento del TS consistió en resolver si había de aplicarse al referido subsidio la ficción cotizatoria prevista en el art. 235 LGSS por razón de alumbramiento. Dicho beneficio computa en favor de la trabajadora solicitante de una pensión “un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple”. No obstante, ello se circunscribe, conforme al tenor del mismo precepto, a “las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente”.

En el caso concreto, una potencial beneficiaria del subsidio por desempleo para mayores de 55 años (por entonces) vio denegada su pretensión por parte del SPEE, por no reunir el período

⁴⁶ Para Duque González, el exceso de tiempo que se exige al fijo-discontinuo para causar derecho respecto al contrato a tiempo parcial vertical se ve compensado por el mantenimiento de su base reguladora al 100 %. Además, el trabajador a tiempo parcial no va a poder percibir prestación alguna durante sus tiempos de inactividad. Ello “compensa con creces el exceso temporal del mantenimiento en el empleo (que no de contributividad) que se exige al fijo-discontinuo. De hecho, los trabajadores fijos-discontinuos, a partir de un período de actividad anual de 9 meses o más pueden completar su cotización durante la totalidad del año a tiempo completo (...) con la prestación por desempleo, a la vez que generan un nuevo derecho para completar años sucesivos”. DUQUE GONZÁLEZ, M., “El contrato fijo-discontinuo tras el RD-Ley 32/2021...”, op. cit., pp. 7-8.

Diversa opinión tiene Rivera Sánchez, para quien “mal se compadece la regulación existente con una respuesta coherente a la hora de proceder al reconocimiento, o no, de una prestación por desempleo durante los períodos de inactividad de algunos trabajadores (...) que a los trabajadores fijos discontinuos regulados en el art. 16 ET sí se les reconozca sin ambages la existencia de una situación legal de desempleo y a aquellos que tienen una jornada a tiempo parcial concentrada, originada para satisfacer una necesidad organizativa o productiva de la empresa, se les deniegue sin un fundamento jurídico”. Para el autor, las partes transforman ese contrato a tiempo parcial en “un contrato fijo periódico mediante el llamado principio general de irrelevancia del *nomen iuris* [los contratos son lo que son, y no lo que las partes dicen que son] en el que, sin duda, el trabajador tendría garantizado el acceso a la situación legal de desempleo durante el período de inactividad”. Ello por aplicación del principio de jerarquía normativa, y habida cuenta de que el art. 65 RD 2064/1995 contraviene lo dispuesto en los arts. 267.1.d LGSS y 16 ET. En RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “Acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, con “jornada concentrada”, durante el período de inactividad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 249/2022, p. 10.

de cotización por desempleo de al menos 6 años durante su vida laboral⁴⁷. La persona trabajadora había cotizado un total de 1861 días y era madre de tres hijos, nacidos en 1980 y 1981, ergo, la consideración o no de dichos beneficios cotizatorios marcaba la diferencia entre causar o no derecho al subsidio. La postura del SPEE se ciñe al tenor literal del art. 235 LGSS, no siendo posible conforme a este completar los 6 años de carencia necesarios a efectos del subsidio peticionado.

El TS se decantó finalmente por una interpretación amplia del referido precepto, en orden a extender la toma en consideración de las cotizaciones ficticias por parto al subsidio por desempleo para mayores de 55 (hoy 52) años. Ello porque son innegables las conexiones entre el subsidio y la pensión contributiva de jubilación, teniendo en cuenta fundamentalmente que durante la percepción de aquel se cotiza de cara a esta, además de porque puede mantenerse su percepción hasta cumplir la edad ordinaria de acceso a la jubilación⁴⁸. El art. 41 CE insta a mantener un sistema público de Seguridad Social que garantice a todos los ciudadanos “prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo” y, en atención al art. 53.3 de la misma norma suprema, los poderes públicos tienen el deber de informar a la práctica judicial sobre el respeto y la protección de los principios contenidos en el Capítulo tercero. Así las cosas, las ficciones cotizatorias deben interpretarse atendiendo a la finalidad del precepto, esto es, favorecer a las mujeres que se han visto obligadas a salir del mercado laboral como consecuencia de la maternidad. Y a la luz de lo anterior, el TS ha obviado la literalidad de algún precepto cuando era preciso para alcanzar los objetivos perseguidos por el legislador y caminar hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo⁴⁹.

A criterio del tribunal es preciso apartarse de la literalidad del art. 235 LGSS, pues “una interpretación sistemática de las diversas normas expuestas aconseja que así se haga también a la hora de contabilizar el tiempo previo de cotización por desempleo, pues lo contrario abocaría al paradójico resultado de tomarlas en cuenta para una pensión futura pero no para la prestación inmediata”, que además repercute en la futura. Se ha de incorporar así la perspectiva de género como “cedazo interpretativo de nuestras normas, sin que ello suponga alterar las fronteras de la protección social delineada por el legislador (...) ni arribar a soluciones voluntaristas”. Por todo ello, y como se ha anticipado, resuelve el TS que los 112 días de cotización ficticia por parto deben considerarse también a efectos de cumplir el período de carencia exigido por el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, en base a una interpretación “teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género”.

⁴⁷ Véase el art. 274.4 LGSS.

A este punto, cabe señalar la existencia de una corriente doctrinal en relación con las cotizaciones ficticias consistente en que la finalidad del precepto no es mejorar la vida laboral de las trabajadoras que hayan contribuido al sistema, sino beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales derivados de su actividad profesional, pues esta se ha visto afectada por las circunstancias derivadas de su género. De tal manera que no es tan solo la natalidad el bien protegido, sino el vínculo de la misma con la actividad profesional, con el propósito de fomentar la permanencia de la mujer en la vida activa a pesar de la maternidad. Cfr., por todas, con las SSTs de 22 de noviembre de 2016 (nº 973/2016), de 14 de junio de 2016 (nº 525/2016), de 22 de febrero de 2013 (nº 1887/2013) o de 21 de diciembre de 2009 (nº 8449/2009).

⁴⁸ Véanse los arts. 277.3 y 280.1 LGSS.

⁴⁹ Según García Romero, el Alto Tribunal es “consciente de los sólidos argumentos que pesan contra la extensión del citado beneficio, en especial, el tenor literal del precepto que circunscribe su eficacia a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente y la persistencia en el tiempo de la redacción, pese a las reformas que ha experimentado la LGSS desde su versión de 1994 a la de 2015. No obstante, el análisis detenido de su doctrina sobre la finalidad de las cotizaciones ficticias por parto —previamente expuesta en el FJ 5º—, en conjunción con otros parámetros interpretativos relevantes, le hace inclinarse por una respuesta afirmativa a la cuestión planteada (...) y es evidente que la mejor forma de proteger ante situaciones por desempleo a las mujeres que han sido madres es extender su aplicación a esta prestación”. En García Romero, B., “Subsidio por desempleo para mayores de 55 años y toma de consideración de las cotizaciones ficticias por parto”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 7/2022. Puede leerse también a Morales Vázquez, C., “Sobre la aplicabilidad de las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento a la prestación por desempleo para mayores de 52 años. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 576/2022, de fecha 23/06/2022, recaída en el Recurso nº 646/2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2022.

6. CONCLUSIONES

El cálculo de la prestación por desempleo ha sido ligeramente modificado por la LPGE 2023. Si bien el cambio se limita a un incremento del porcentaje a aplicar sobre la base reguladora a partir del 181º día del percibo, que ha pasado del 50 al 60 %. El aumento porcentual viene a mejorar las cuantías tanto para los beneficiarios nuevos como para los que ya tuvieran dicha condición por situaciones de desempleo generadas con anterioridad a 1 de enero del presente año. De otro lado, la subida experimentada por el IPREM mensual desde los 579'02 euros del año 2022 hasta los 600 vigentes (un 3'625 % más) eleva las cuantías máximas y mínimas a percibir por los nuevos beneficiarios en la misma proporción. Ello da lugar a unas máximas de 1.225 euros para beneficiarios sin hijos a cargo, 1.400 euros para beneficiarios con un hijo a cargo y 1.575 euros para beneficiarios con dos hijos o más a cargo; y las cuantías mínimas quedan como sigue: 560 euros para beneficiarios sin hijos a cargo y 749 euros para beneficiarios que sí tengan hijos a cargo. Ahora bien, no extender los incrementos de estas cuantías a las prestaciones ya causadas con anterioridad se antoja un artificio recaudatorio cuando menos cuestionable. En efecto, el legislador parece primar a este punto el principio de sostenibilidad financiera por encima del de solidaridad, poniendo así, con el devenir del tiempo, en una situación de pérdida de poder adquisitivo a los beneficiarios de las prestaciones que se vieran afectadas en su cálculo por las cuantías máximas y mínimas.

En lo referente a la ampliación del ámbito subjetivo de la prestación, dando cabida a la relación laboral especial de las trabajadoras y trabajadores domésticos, no puede menos que celebrarse. Ello por cuanto el RD-Ley 16/2022 ha terminado con el histórico destierro de este colectivo no sólo de la protección por desempleo, sino también en materia de seguridad y salud laboral o en lo que respecta al FOGASA ante supuestos de insolvencia empresarial. Lo anterior, junto con la supresión del desistimiento unilateral sin causa por el empresario o la equiparación en términos cotizatorios para con el resto de trabajadores del Régimen General, viene a mejorar sustancialmente las condiciones laborales y de protección social de la profesión feminizada por antonomasia, cuya situación había sido calificada por la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20) como de “desamparo social”.

Obviando el sonrojo de que las modificaciones legislativas operadas hayan tenido que llegar a golpe de sentencia supranacional, estas se han de valorar positivamente. Sobre todo en lo atinente a la prestación aquí analizada, pues más allá de la protección en sí —que no es poca cosa— la referida inclusión de este colectivo va a ayudar de manera indirecta a suavizar la brecha pensional en los años venideros, en tanto que los perceptores de la prestación por desempleo cotizan de cara a la pensión de jubilación y ello va a dar lugar a vidas laborales más extensas y, por ende, a porcentajes aplicables más altos.

Para los supuestos de acceso a la protección por desempleo, tras disfrute de un período de excedencia por cuidado de hijo menor, en los que la persona trabajadora hubiera venido compaginando este con otro empleo a tiempo parcial, no se encuentra ningún sentido al proceder del SPEE por cuanto de la no aplicación de la teoría del paréntesis resultaría perjudicado este beneficiario/a respecto de quien no hubiera compaginado dicha excedencia con tal empleo parcial. El hecho de que el legislador no previera un supuesto tan rebuscado no deja de poner en evidencia a la entidad gestora, que a este punto parece olvidar —o desconocer— que la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007⁵⁰ encomienda a todos los poderes públicos la “remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica y formal”, pudiendo incluso formular “un derecho desigual a favor de las mujeres” estableciendo cautelas y condicionamientos para asegurar su constitucionalidad. En este sentido la solución adoptada por la SJS de Murcia, de 26 de abril de 2021 (nº 75/2021), se entiende adecuada, pues la contraria hubiera llevado a la beneficiaria a experimentar un perjuicio prestacional por el hecho de haber ejercitado dos derechos vinculados a la conciliación, y habida cuenta de que la mayoría de trabajadores que

⁵⁰ De 26 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

recurren a estas medidas son mujeres, ello podría representar una discriminación por razón de género contraviniendo el art. 4.1 Directiva 79/7/CEE.

Por ello, no estaría de más que el legislador llenara una laguna que, aun entendible, ya ha tenido dos años para solventar. Y a este punto se propone la adición de un séptimo punto al art. 270 LGSS, en el que se disponga que para los supuestos recién referidos se adoptará la aplicación de la teoría del paréntesis. Su tenor podría ser el que sigue:

“En los supuestos de excedencia forzosa previstos por los apartados 3 y 4 del artículo 46 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización a tener en cuenta serán las inmediatamente anteriores a la situación de excedencia, salvo que estas resultaran perjudiciales para el beneficiario”.

En lo que respecta a los supuestos de negativa empresarial para el reingreso tras el disfrute de una excedencia voluntaria, en los que además esta incumpliera la obligación de cursar el alta antes de proceder a la extinción de la relación laboral, se quiere proponer también la adición de 7hh nyjjjjj otro punto al art. 166 LGSS para incorporar dicho supuesto a las situaciones asimiladas al alta. El texto podría decir:

“También se considerarán asimilados al alta los casos de excedencia voluntaria tras los cuales la empresa se negara injustificadamente a la readmisión de la persona trabajadora”.

Lo cual habría de traer consigo una previsión similar en el art. 2 RD 625/1985.

En atención a lo expuesto sobre cómo se articula la prestación por desempleo con los contratos a tiempo parcial de “jornada concentrada” y cómo lo hace con los fijos-discontinuos, no se aprecia un agravio comparativo para los primeros —como ha manifestado algún autor— en el hecho de que los periodos de inactividad no constituyan situación legal de desempleo. Ello por cuanto se ve compensado con permanecer en alta y cotizando durante la totalidad del año, alcanzando así antes el periodo de ocupación requerido para causar derecho a un hipotético percibo. Visto desde la otra perspectiva, esto es, desde el prisma de los trabajadores fijos-discontinuos, el exceso de tiempo que se les exige para acceder a la protección por desempleo viene a compensarse con el mantenimiento de sus bases de cotización al 100 % y con la posibilidad de consumir la prestación si se considera oportuno.

Por último, la extensión de la ficción cotizatoria por parto —operada por el TS en sentencia de 23 de junio de 2022 (nº 576/2022)— a efectos de reunir el periodo de carencia previsto en el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, se valora como adecuada en tanto que la perspectiva de género debe llevar también a evitar el excesivo rigorismo procesal y normativo que impida la “remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica”, no corregibles mediante la sola aplicación formal del principio de igualdad. Ello por cuanto la finalidad última del precepto es favorecer a las mujeres que se han visto obligadas a salir del mercado laboral como consecuencia de la maternidad y suavizar la brecha pensional.

Habida cuenta de la solución adoptada, se propone la adición al art. 235 LGSS de una referencia expresa al subsidio en cuestión, con una redacción que podría quedar como sigue:

“A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, y del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple”.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABOGADOS S.L.P., GÓMEZ ACEBO & POMBO., “La normativa española que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar es contraria al Derecho de la Unión”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 4/2022.
- ARETA MARTÍNEZ, M., “Cuantía de la prestación contributiva por desempleo”, *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020.
- BAYLOS GRAU, A.P., “La mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las trabajadoras al servicio del hogar familiar”, 2022, <https://baylos.blogspot.com/2022/09/la-mejora-de-las-condiciones-de-trabajo.html>.
- BENITO BENÍTEZ, M.A., “El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 5/2022.
- DE LA RICA, S., “Wage gaps between workers with indefinity and fixed-term contracts: the impact of firm and occupational segregation”, *Moneda y Crédito*, nº 219/2004.
- DUQUE GONZÁLEZ, M., “El contrato fijo-discontinuo tras el RD-Ley 32/2021: la problemática en relación con la prestación contributiva por desempleo”, *Trabajo y Derecho*, nº 98/2023.
- FINA SANGLÁS, L., “El problema del paro en Europa: causas y remedios”, *Ekonomiaz*, nº 31/1995.
- GARCÍA ROMERO, B., “Subsidio por desempleo para mayores de 55 años y toma de consideración de las cotizaciones ficticias por parto”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 7/2022.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Compatibilidad con las prestaciones de desempleo”, *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021”, *Temas Laborales*, nº 161/2022.
- JANSEN, M., “El reto de la inserción de los desempleados de larga duración”, *Policy Papers*, nº 26/2016.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 251/2022.
- MÉNDEZ, I.: *El desempleo de larga duración en España y la Región de Murcia*, Murcia, Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M., “Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad”, *La Ley Unión Europea*, nº 101/2022.
- MORALES VÁLLEZ, C., “Sobre la aplicabilidad de las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento a la prestación por desempleo para mayores de 52 años. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 576/2022, de fecha 23/06/2022, recaída en el Recurso nº 646/2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2022.
- NIETO ROJAS, P., “Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT”, *Lex Social: revista de los derechos sociales*, nº 2/2019.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “Desempleo, discriminación y trabajo a tiempo parcial: las enseñanzas del caso Espadas Recio”, *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Miranda Boto, J.M. (Dir.), Madrid, Ediciones Cinca, 2018.

- PÉREZ DEL PRADO, D., “La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 32/2022.
- PÉREZ MENAYO, V., “El paro: Un paro para la Comunidad Europea”, *Revista Noticias CEE*, nº 53/1989.
- QUINTERO LIMA, M.G., “El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 468/2022.
- QUINTERO LIMA, M.G., “Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras”, *Iuslabor*, nº 3/2022.
- RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “Acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, con “jornada concentrada”, durante el periodo de inactividad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 249/2022.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº 2/2022.
- RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “Empleo y desempleo en la Unión Europea: del desinterés a la prioridad absoluta”, *XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- SÁNCHEZ MELGAREJO, A.M., “Precariedad, conciliación y protección social de las trabajadoras. Estudio del supuesto de prestación por desempleo de la trabajadora a tiempo parcial en situación de excedencia”, *Aspectos clave para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar*, Fernández Collados, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3/2022. SEMPERE NAVARRO, A.V., “Reconocimiento y ámbito subjetivo del derecho”, *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, García Gil, M.B. (Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2020.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., “Excedencia voluntaria, negativa injustificada al reingreso y derecho a la prestación por desempleo”, *Anuario 2021 de jurisprudencia laboral*, Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Madrid, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.