



Roj: STS 6533/2010  
Id Cendoj: 28079140012010100752  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 3600/2009  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Zabala Albarran en nombre y representación de D. Eulogio contra la sentencia dictada el 21 de mayo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 960/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Sevilla, en autos núm. 682/07, seguidos a instancias del ahora recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO Y EDITORIAL UTRERA S.L. sobre subsidio por desempleo.

Ha comparecido en concepto de recurrida la EDITORIAL UTRERA S.L. representada por la procuradora Sra. López Jiménez.

Es Ponente la Excmá. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 21-01-2008 el Juzgado de lo Social nº 8 de Sevilla dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** D. Eulogio , con DNI nº NUM000 , solicitó en fecha 14-03-07 subsidio por desempleo, y por resolución del Servicio Público de empleo estatal de fecha 29-03-07, que por obrar en el expediente damos por reproducida, se le deniega la prestación por que "Ud. en el momento de la situación legal de desempleo, no tiene cotizados a un régimen que proteja la contingencia por desempleo al menos 360 días en los últimos 6 años". **2º.-** Disconforme el actor con dicha resolución, formuló contra ella la pertinente previa a la vía jurisdiccional laboral el día 30-05-07 que fue desestimada por resolución del servicio público de empleo estatal de fecha 23-07-07. **3º.-** El actor vino prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la mercantil demandada EDITORIAL DE UTRERA S.L. desde el 29-12-04, con jornada semanal de cinco horas y salario día a efectos de despido de 8 euros, compaginando su trabajo con cursos de formación, trabajo en empresa familiar y sus estudios de periodismo, título que obtuvo en 6/06, sin contrato de trabajo escrito no alta en Seguridad Social, siendo despedido el 29-01-07, confirmada por la de la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18-09-07, sentencias ambas que, por obrar en los autos, se dan por reproducidas. **4º.-** La empresa ha procedido a dar de alta y baja al actor, fuera de plazo y con efectos de 16-01-08, cotizando por contrato indefinido a tiempo parcial, conforme a la citada jornada de cinco horas semanales. **5º.-** Por sentencia, no firme y pendiente de suplicación, del Juzgado de lo Social nº 3 de esta Ciudad, se condena a la empresa demandada a abonar al actor 14.939,36 euros, reclamados en demanda por diferencias salariales en el periodo de octubre de 2005 a julio de 2006. **6º.-** Que en el hecho probado quinto de la sentencias de despido se dice que desde el 18-12-06 el actor presta servicios por cuenta ajena. Desde el 17-04-07 al 30-06-07 figura prestando servicios para Editec Sur S.L."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda presentada por D. Eulogio contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL Y EDITORIAL DE UTRERA S.L., debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de todas las pretensiones contra el deducidas en la demanda originadora del presente procedimiento."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Eulogio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual dictó sentencia en fecha 21 de mayo de 2009, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Eulogio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Sevilla de fecha 21 de enero de 2008, en virtud de demanda por él presentada contra el SERVICIO PUBLICO ESTATAL DE EMPLEO-**INEM** y contra la empresa EDITORIAL DE UTRERA S.L.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida."

**TERCERO.-** Por la representación de D. Eulogio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 15-10-2009, en el que se alega infracción de los arts. 210.1 LGSS y 3.1 y 4 del Real Decreto 625/1985. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 16 de mayo 2003 (R-2276/02)

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 11-02-2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3-11-2010, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El demandante inicial recurre en casación para unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 21 de mayo de 2009 (rec. 960/2008), que confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de los de Sevilla (autos 682/2007) por la que se desestimó su demanda.

El actor había prestado servicios por cuenta ajena desde el 29 de diciembre de 2004 con una jornada semanal de cinco horas, siendo objeto de despido declarado improcedente por sentencia de 24 de enero de 2007. Solicitó la prestación por desempleo el 14 de marzo de 2007 siéndole denegada por no acreditar 360 días de cotización en los últimos 6 años.

La sentencia recurrida entiende que la jornada realizada de cinco horas mensuales equivale a un 12,5% de la jornada ordinaria y por ello sólo computarían 84 días de ocupación efectiva que no dan derecho a la prestación de desempleo.

El recurso denuncia como infringidos los arts. 210.1 LGSS y 3.1 y 4 del Real Decreto 625/1985 y aporta como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 16 de mayo de 2003 (rec. 2276/2002).

En el caso de la sentencia referencial la actora tenía reconocidos 360 días de prestación por un periodo de 1216 días cotizados. Pretendía el reconocimiento de 540 días, que la sentencia de la Sala de Asturias le reconoce razonando que cada día trabajado, aun con tarea inferior a la jornada normal, ordinaria o habitual, se computa como un día cotizado.

A tenor del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, el requisito de la contradicción, como presupuesto esencial de la casación para la unificación de doctrina, exige que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, la sentencia recurrida y aquella que se aporta como contraste hubieran dado lugar a pronunciamientos distintos.

En el presente caso, se aprecia la contradicción pues, aun cuando no se especifica en la sentencia referencial el alcance de la jornada que realizaba la parte actora, el debate suscitado en suplicación es el mismo en ambos casos, ceñido al cómputo de los periodos cotizados para generar el derecho a percibir la prestación contributiva de desempleo cuando los periodos cotizados acreditados por el solicitante corresponden a trabajo a tiempo parcial.

**SEGUNDO.-** El art. 210.1 LGSS establece: "*la duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar*", con arreglo a la escala que la propia norma refleja.

Es, por su parte, la Disp. Ad. 7ª del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en la redacción que le dio el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre), la que fija las normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Y señala en la regla Cuarta del apartado 1 que " *para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica*". Esta disposición se reitera en el art. 2.2 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

La regulación de la protección de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial ha estado sometida a múltiples cambios, manifestación, sin duda, de las dificultades que encuentra el lograr que se mantenga el principio de igualdad de trato entre estos trabajadores y los que trabajan a tiempo completo (siguiendo los mandatos de la Directiva 1997/81 /CE relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES) y, al mismo tiempo, equilibrar el principio contributivo por el que se rige nuestro sistema de Seguridad Social.

De ahí que, de entrada, se haga necesario precisar que la solución a alcanzar pueda ser matizada según se trate de examinar el requisito de la carencia - número de días- o el importe de la prestación - importe de la cotización-. Respecto de esta última no existe norma especial para los contratos a tiempo parcial, como la del art. 3.4 RD 625/1985, por lo que regirá en todo caso, el art. 211.1 LGSS.

En el presente supuesto se trata de determinar la carencia y, significativamente, relación con la prestación contributiva de desempleo. Y, precisamente, en materia de desempleo el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de protección de desempleo, expresamente señala que " *cuando las cotizaciones acreditadas corresponda a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada*". Es ésta la norma reglamentaria a la que, si duda, ha de entenderse hecha la remisión contenida en la Disp. Ad. 7ª.1 Cuarta LGSS.

**TERCERO.-** Centrada así la litis, la propia norma permite afirmar que no cabe otorgar un trato distinto a los días trabajados a tiempo parcial de aquéllos que lo sean a tiempo completo, y ello con independencia, no solo del monto de la cotización correspondiente a dichos días - que incidirá en la cuantía de la prestación-, sino del número de horas en que hubiera consistido la jornada.

Dicha conclusión fue alcanzada ya por la STS de 26 de mayo de 1993 (rcud. 2739/1992), que analizaba el desarrollo normativo afectante a los trabajadores a tiempo parcial en materia de protección social y, en particular, en relación al desempleo. Es cierto que esa doctrina aparece después matizada por sentencias posteriores de esta Sala IV (STS de 7 de febrero -rcud. 2474/1996 -, 14 de febrero - rcud. 2962/1996 - y 12 de mayo de 1997 -rcud. 4026/1996, así como en la STS de 24 de mayo de 2000 -rcud. 1038/1999 -; aunque todas ellas relativas a jubilación e incapacidad permanente absoluta), pero el cambio doctrinal obedecía a una alteración del régimen jurídico provocada por la Disp. Ad. 9ª del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social. Ésta afectaba tanto al periodo de carencia como al cálculo de la base reguladora, incluida la protección por desempleo, mediante una regla única: se computaban las horas o días efectivamente trabajados.

Posteriormente, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, incorpora la dicta Disp. Ad. 9ª del RD 2319/1993 en su art. 4.3 párrafo tercero. Y, a continuación, el texto quedó plasmado en la Disp. Adicional 7ª.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el art. 12.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Todo ello comportaba la aplicación de un criterio estricto de proporcionalidad del que hubo de hacerse eco la doctrina jurisprudencial.

Ahora bien, la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, autorizaba al Gobierno para establecer en las disposiciones reglamentarias la cotización a la Seguridad Social que correspondía efectuar en los contratos a tiempo parcial (Disp. Trans. 4ª. 2) y, así, el art. 3 del Real Decreto 489/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrollaba aquella en materia de Seguridad Social, excluyó el desempleo del régimen de cómputo anterior (con una técnica que cuyo exceso respecto del mandato legal pudiera haber sido puesta en duda), remitiendo a su regulación específica, lo que llevaba a la intervención de nuevo del art. 3.4 del RD 625/1985.

En definitiva, se ponía fin a la doble proporcionalidad que, tardíamente, fue sancionada por la STC 253/2004, de 22 de diciembre, al señalar que " *la aplicación del criterio de proporcionalidad estricta a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los periodos de carencia necesarios para causar derecho*

*a las prestaciones conduce a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos periodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia"*

Finalmente, la situación actual quedó dibujada por el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, que dio nueva redacción a la Disp. Adicional 7ª LGSS, en donde, definitivamente, se ha atenuado el criterio de proporcionalidad estricta de antaño. Además, se vació el art. 12 ET del contenido de Seguridad Social de suerte que, por lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial, toda la materia queda concentrada en la Disp. Ad. 7ª LGSS.

Conviene recordar que el Real Decreto-Ley 15/1998 se dictó en el marco del Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Fomento de su Estabilidad concluido el 13 de noviembre entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal, entre cuyos objetivos estaba el facilitar el acceso efectivo a las prestaciones, la salvaguarda de la igualdad de trato, el mantenimiento del principio de contributividad y la adecuación del principio de proporcionalidad.

Todo ello permite sostener que la prestación contributiva de desempleo de quienes venían prestando servicios mediante contratos a tiempo parcial habrá de reconocerse en atención al número de días trabajados, con independencia del volumen de la jornada diaria o semanal, resolviéndose de este modo la situación de los trabajos parciales "horizontales", sin prejuzgar aquí otro tipo de situaciones como las resueltas en las sentencias que el Ministerio Fiscal cita ( STS de 13 de febrero -rcud. 5521/2005 -, 16 de marzo -rcud. 435/2006 - y 17 de abril de 2007 -rcud. 1/2006 -). En ellas se trataba de computar la carencia en caso de pérdida del contrato a tiempo parcial en los que la actividad se desarrollaba concentrada en unos meses del año, lo que, además de ofrecer diferencias con el caso ahora enjuiciado, habría de coordinarse con la doctrina sentada por la STJUE de 10 de junio de 2010, Bruno y Pettini (C-395/2008) en la que se aborda la situación de los trabajadores a tiempo parcial vertical.

Por último, tras la modificación operada por la Ley 12/2001, de 9 julio 2001. Medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, Disp. Ad. 7ª.2 establece que " *Las reglas contenidas en el apartado anterior serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo , que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen especial de la minería del carbón, y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar*".

Lo dicho hasta ahora nos lleva a declarar que es la sentencia referencial la que contiene la doctrina correcta.

**CUARTO.-** La estimación del recurso obliga a analizar la cuestión de la distribución de responsabilidades entre el SPPE y la empresa. En relación a esta última, la doctrina de esta Sala ha sostenido, en los supuestos de contingencias comunes de trabajadores que no estuvieran en alta, que: " *a) La falta del oportuno desarrollo reglamentario del mencionado art. 96 LGSS (hoy 126) prevista en su ap. 3º, ha llevado a la jurisprudencia a la aplicación supletoria de los arts. 94, 95, 96 y 97 Ley de Seguridad Social de 1966 en base a lo previsto en la Disposición Transitoria 2 del Decreto 1645/1972 de 22 de junio . b) Resulta innegable que el art. 95.1.2ª de Ley de Seguridad Social de 1966 exige, de modo ineludible, el alta del trabajador para que proceda la obligación de anticipo por parte de la Entidad Gestora de la S.S. de la prestación económica de incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal). En ausencia de aquella, la prestación, por mandato del art. 95.1.3ª , "será abonada por el empresario directamente al trabajador y a su cargo". Salvo que, como antes apuntábamos, se trate de contingencias profesionales. c) No es dable confundir la situación de descubierto o retraso en el pago de las pertinentes cotizaciones a la S.S. por parte de la empresa, situación en la que si opera el señalado mecanismo de automaticidad en el pago, art. 95.1.2ª LSS de 1.966 , mediante el oportuno anticipo y sin perjuicio del subsiguiente reintegro - Ss. de esta Sala de 8 julio 1991 y 7 octubre 1991 , entre otras muchas -, con la que se contempla en este recurso de ausencia total de alta en el Régimen General de la S.S. al tiempo de producirse la actualización de la contingencia, supuesto en que la Entidad Gestora queda exenta de toda responsabilidad." Tesis la expuesta que se ha mantenido en sentencias posteriores como la de 7 de diciembre de 2005 (recurso 580/2005 ), que se cita especialmente por resolver, en los términos expuestos, un supuesto en el que la empresa había cursado la baja en Seguridad Social al trabajador" (así lo recuerda la STS de 17 de febrero de 2009 -rcud. 4230/2007).*

En relación al desempleo, ya sostuvimos en la STS de 13 de febrero de 2006 -rcud. 4661/2004 - que " *Una medida correctora de las consecuencias negativas que pudiera tener la atribución exclusiva de responsabilidad -en los supuestos en que la defectuosa constitución o incumplimiento de la obligación impuesta por la relación pública de seguridad social fuera imputable al empleador- viene constituido por el principio de automaticidad de prestaciones y la responsabilidad subsidiaria en el supuesto de insolvencia del empleador; principios que, evidentemente, guardan consonancia con la previsión de protección pública de «prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente desempleo», tutelado en el artículo 41 de la Constitución Española. Este principio de automaticidad que, con carácter general, se regula en el artículo 126.3 de LGSS, se contiene, con carácter absoluto, en el artículo 220 LGSS expresivo de que «la entidad gestora competente pagará las prestaciones por desempleo en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, sin perjuicio de las acciones que puedan adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a estas por las prestaciones abonadas» ( STS 31 de marzo de 1994 y 30 de noviembre de 1995, entre otras muchas). El mencionado principio de automaticidad referente a la contingencia de desempleo no se recogía en el artículo 95.1.2ª LGSS, a pesar de que su reconocimiento mediante la técnica de «anticipo» había sido, ya, afirmado en la Ley de Seguro Nacional de desempleo de 22 de julio de 1961. Ahora bien, esta protección automática establecida por el legislador en materia de desempleo, no debe impedir, en forma alguna, que en el proceso de seguridad social, en el que se debate el reconocimiento de la prestación y a quien corresponde su pago, pueda debatirse quien sea el responsable directo del pago de la prestación y, ello independientemente de que, en su caso, proceda el anticipo por los órganos de la Seguridad Social pública de la suma que, en definitiva, ha de pagar el empresario responsable directo de su pago. La propia expresión «anticipo» supone, ya, la existencia de un deudor -empleador- que, ha devenido responsable directo por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones asumidas en la esfera de la relación pública de seguridad social. Y ello, comporta que el anticipo por el ente gestor de desempleo y la responsabilidad directa del empleador deban, en principio, resolverse en el mismo proceso para no dividir la contingencia de la causa".*

Por lo dicho procede imponer a la empresa el abono de la prestación sin perjuicio del anticipo por parte del Servicio Público de Empleo Estatal. En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser casada y anulada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, la Sala debe revocar asimismo la sentencia del Juzgado de origen, estimando la demanda inicial y declarando el derecho del demandante a percibir una prestación contributiva de desempleo de 240 días, correspondiente a los 752 días de ocupación cotizada acreditados, sobre la base reguladora de 240 # mensuales, que aparece reflejada en las actuaciones (Folios 30, 35 y 60), siendo responsable del pago la empresa codemandada, sin perjuicio del anticipo por parte del SPPE.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Que estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Eulogio frente a la sentencia dictada el 21 de mayo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 960/08. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos la demanda y declaramos el derecho del demandante a percibir una prestación contributiva de desempleo de 240 días, correspondiente a los 752 días de ocupación cotizada acreditados, sobre la base reguladora de 240 # mensuales, que aparece reflejada en las actuaciones (Folios 30, 35 y 60), siendo responsable del pago la empresa codemandada, EDITORIAL UTRERA S.L., sin perjuicio del anticipo por parte del SPPE.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.